

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

Grazielly Alessandra Baggenstoss

**UMA PROPOSTA DE DIMENSÃO PRESCRITIVA AO
SISTEMA JURÍDICO A PARTIR DO PENSAMENTO
SISTÊMICO**

Tese submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina para a obtenção do Grau de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Henrique Cademartori

Florianópolis

2014

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Baggenstoss, Grazielly Alessandra

Uma proposta de dimensão prescritiva ao sistema jurídico
a partir do pensamento sistêmico / Grazielly Alessandra

Baggenstoss ; orientador, Luiz Henrique Urquhart

Cademartori - Florianópolis, SC, 2014.

187 p.

Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa
Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-
Graduação em Direito.

Inclui referências

1. Direito. 2. Teoria dos Sistemas. 3. Legitimação. 4.
Garantismo Jurídico. I. Cademartori, Luiz Henrique Urquhart
. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de
Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Grazielly Alessandra Baggenstoss

Esta Tese foi julgada adequada para obtenção do Título de Doutor em Direito e aprovada em sua forma final pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

Florianópolis, 26 de setembro de 2014.

Prof. Dr. Luiz Otávio Pimentel
Coordenador do Curso

Banca Examinadora

Prof. Dr. Luiz Henrique Urquhart Cademartori
Orientador
Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC

Prof. Dr. Leonel Severo Rocha
Universidade do Vale do Rio dos Sinos –
UNISINOS

Prof. Dr. Delamar José Volpato Dutra
Universidade Federal de Santa Catarina –
UFSC

Prof. Dr. Francisco Carlos Duarte
Pontifícia Universidade Católica do
Paraná – PUCPR

Prof. Dr. Rogério Silva Portanova
Universidade Federal de Santa Catarina –
UFSC

Prof. Dr. Paulo Márcio Cruz
Universidade do Vale do Itajaí –
UNIVALI

Prof. Dr. Cláudio Ladeira de Oliveira
Universidade de Brasília – UnB
Suplente

Prof. Dr. Luis Carlos Cancellier de Olivo
Universidade Federal de Santa Catarina –
UFSC
Suplente

A mim, aos meus 11 anos de idade.

Agradeço:

a todo um universo que conspirou em meu favor para a trama deste trabalho, presenteando-me com pessoas que me incentivaram a caminhar sempre um pouco mais adiante;

à minha mãe, Maria das Graças Kwitschal, que, desde sempre, indicava-se, em seus olhos, um lugar digno para a construção da minha humanidade, inspirando-me para tal;

ao Programa Pós-Graduação em direito da Universidade Federal de Santa Catarina e aos seus caros professores, por me acolherem despretensiosamente e me oferecerem um lar rico em opções de desenvolvimento pessoal e profissional e fértil para a (des)(re)construção das minhas próprias concepções teóricas;

ao meu Professor Orientador, Doutor Luiz Henrique Urquhart Cademartori, que soube, com paciência, sensibilidade e direcionamento, guiar os passos da minha formação acadêmica.

“Quando adestramos a nossa consciência, ela nos beija ao mesmo tempo em que nos morde” (NIETZSCHE, 2005).

RESUMO

A construção da presente pesquisa fundamenta-se no seguinte problema: “Pela perspectiva sistêmica, o Garantismo Jurídico pode ser considerado uma proposta ética à atuação dos sujeitos operadores do sistema jurídico luhmanniano?”. A partir disso, pondera-se a relevância das esferas cognitivas atinentes ao pensamento sistêmico, como concepção metodológica; à Teoria dos Sistemas, de Niklas Luhmann, como construção teórica de base para este trabalho; à ação social habermasiana, como modo de atuação; e ao Garantismo Jurídico, como proposição de atuação ética dos operadores do direito. Da perspectiva sistêmica e da teorização luhmanniana, vê-se como ausente a figura do sujeito como modificador e motivador de comunicações na Teoria dos Sistemas. Assim, tem-se, como corolário do problema, o questionamento sobre a possibilidade de inserção da figura do sujeito na teoria descritiva sistêmica. Por conseguinte, na hipótese de ser possível inserir a figura do sujeito sob o prisma descritivo e, tendo em vista a imprescindibilidade de se manter a integridade do sistema jurídico, questiona-se qual espécie de ação seria adequada à atuação dos sujeitos operadores do direito – julgador e legislador. É nesse panorama, portanto, que se chega à interrogação acerca da possibilidade de uma proposta prescricional da atuação dos sujeitos mencionados. Para essa pergunta procedimental, chega-se à Teoria da Ação Comunicativa, de Jürgen Habermas, o qual teorizou as ações da pessoa humana pela racionalidade comunicativa – voltada a um consenso a partir da comunicação – e pela racionalidade estratégica – cujo mote é o alcance de um êxito em específico. A última espécie de ação denota uma correspondência última à instrumentalidade da atuação dos sujeitos operadores do sistema jurídico, razão pela qual se perquire sobre sua aplicação nesta tese. Finalmente, haja vista a inexorabilidade de atribuição de carga valorativa à atuação do sujeito, debruça-se à verificação se o Garantismo Jurídico, tal como orientação às atribuições dos sujeitos operadores do direito, é adequada como dimensão ética ao enquadramento descritivo do sistema jurídico luhmanniano.

Palavras-chave: Pensamento sistêmico. Legitimação externa do direito. Dimensão prescritiva do sistema jurídico. Teoria garantista.

SINTESI

La costruzione della presente ricerca è il questo problema: "Per la prospettiva sistemica, il garantismo giuridico può essere considerato una proposta etica all'attività di soggetti gestori del sistema legale come la teoria di Niklas Luhmann?". Da questo, considerando la rilevanza dei sistemi di pensiero, come un disegno metodológico; della Teoria dei Sistemi, di Niklas Luhmann, come base teorica per la costruzione di questa ricerca; della azione sociale di Jürgen Habermas, come una modalità di funzionamento; e del Garantismo Giuridico come proposizione performance etica di operatori legali. Per la prospettiva sistemica di Niklas Luhmann, è assente la figura del soggetto come modificatore di comunicazione e motivanti di Teoria dei Sistemi. Quindi, è un corollario del problema: "potete inserire la figura del soggetto in teoria descrittiva sistemica?". Pertanto, l'ipotesi di inserire la figura del soggetto, nel punto di vista descrittivo, e in considerazione della necessità fondamentale per mantenere l'integrità del sistema giuridico, è discutibile che tipo di azione sarebbe appropriata per l'azione operatori dei soggetti nel sistema giuridico - giudice e legislatore. È in questo scenario, in modo che si tratta della domanda circa la possibilità di una limitazione del proposto dell'attività dei soggetti menzionati. Per tale questione procedurale, si arriva alla teoria dell'agire comunicativo, Jürgen Habermas, che ha teorizzato le azioni della persona umana razionalità comunicativa - di fronte a un consenso attraverso la comunicazione - e la razionalità strategica - il cui motto è il campo di applicazione successo in specifico. L'ultimo tipo di azione denota una strumentalità ultima della attività dei soggetti all'interno del corrispondente sistema giuridico, è per questo che perquire sulla sua applicazione in questa tesi. Infine, per l'inevitabilità di assegnare valutativo caricare le azioni del soggetto, si concentra sul controllo se il garantismo giuridico come orientamento ai doveri degli operatori soggetto di diritto, come è propria dimensione etica al quadro descrittivo del sistema giuridico di Niklas Luhmann.

Parole-chiave: Legittimazione esterna di diritto. Pensiero sistemico. Dimensione prescrittiva del sistema giuridico. Teoria garantista.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	19
2 O SISTEMA JURÍDICO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: O PENSAMENTO SISTÊMICO EM NIKLAS LUHMANN.....	23
2.2 A TEORIA SISTÊMICA DE NIKLAS LUHMANN	27
2.2.1 O sistema social: funcionamento e especializações	32
2.2.1.1 Pressupostos sistêmicos: abertura cognitiva e fechamento operacional	35
2.2.1.2 Dinamismos do sistema originados de seus pressupostos	38
2.2.1.3 Fases de crises prejudiciais: corrupção do sistema e alopoiese	41
2.3 O SUBSISTEMA JURÍDICO: DISTINÇÃO DO SISTEMA SOCIAL E EXPECTATIVA AO PROBLEMA ORDENATÓRIO	42
2.3.1 A positividade do direito	45
2.3.2 Alteração do direito perante a complexidade social.....	49
2.3.3 A formação do sistema jurídico no Estado Democrático de direito a partir do desenvolvimento da sociedade moderna: heteropoiese social, política e econômica.....	51
2.3.3.1 Estado de Direito	52
2.3.3.2 Estado Social de Direito	56
2.3.3.3 Estado Democrático de Direito	59
2.3.4 A estrutura sistêmica do sistema jurídico contemporâneo pela Constituição, direitos fundamentais, poderes judiciário e legislativo e o modelo luhmanniano de argumentação jurídica	60
2.3.4.1 Acoplamento estrutural: a Constituição	60
2.3.4.1.1 <i>A autorreferencialidade do sistema jurídico, a Constituição e o sistema político.....</i>	<i>62</i>
2.3.4.2 Os direitos fundamentais, os procedimentos democráticos e a divisão de poderes no sistema jurídico.....	64
2.3.4.3 Funções do Poder Legislativo e do Poder Judiciário.....	67
2.3.4.4 A proposta de argumentação jurídica	67
2.4 O SUJEITO (AUSENTE) NA TEORIA LUHMANNIANA	70
3 FALHAS E AJUSTAMENTOS DA TEORIA SISTÊMICA: AS DIMENSÕES DESCRITIVAS E PRESCRITIVAS, A IMPORTÂNCIA DO SUJEITO NO SISTEMA JURÍDICO E FORMAS DE ATUAÇÃO.....	73

3.1 CRÍTICAS DESFERIDAS POR LUIGI FERRAJOLI À TEORIA DOS SISTEMAS.....	74
3.1.1 Divergências teóricas e elucidação das críticas à Luhmann: a definição da teoria luhmanniana e corolários.....	81
3.1.2 Crítica principal: doutrina política autopoietica versus doutrina política heteropoietica	82
3.1.2.1 O paradoxo jurídico: o fechamento operacional e a abertura cognitiva.....	83
3.1.3 A legitimação luhmanniana e garantista do direito e do Estado: o ponto convergente no princípio da legalidade e a (des)necessidade de uma teoria de base.....	85
3.1.3.1 Legitimação interna garantista e luhmanniana: o critério de validade e o princípio da legalidade	85
3.1.3.2 Legitimação externa garantista e luhmanniana: a (des)necessidade de uma teoria legitimatória do direito e do Estado...	88
3.1.4 Críticas ferrajolianas e a compreensão de uma teoria sob o método de seu autor.....	90
3.1.4.1 Constituição, a interpretação constitucional e a moral	93
3.1.4.2 Direitos fundamentais.....	97
3.2 CRÍTICA DE JÜRGEN HABERMAS À TEORIA DOS SISTEMAS.....	100
3.2.1 A intersubjetividade habermasiana e a objetividade luhmanniana	104
3.3 A TEORIA DESCRITIVA LUHMANNIANA E O MODELO SISTÊMICO.....	110
3.3.1 Por que o sistema jurídico deve ter uma dimensão prescritiva ou legitimidade externa ou legitimidade ética? A proposta procedimental de ação racional à atuação do sujeito operador do sistema jurídico.....	113
3.3.2 Por que o sujeito, no modelo sistêmico, é importante?.....	123
3.3.3 Em que momento o sujeito interfere no funcionamento do sistema jurídico?.....	128
4 A DIMENSÃO ÉTICA DO SISTEMA JURÍDICO A PARTIR DO PENSAMENTO SISTÊMICO: O GARANTISMO JURÍDICO COMO UMA PROPOSTA DESCRITIVA À DESCRIÇÃO LUHMANNIANA.....	131
4.1 AS TRANSFORMAÇÕES CONTEMPORÂNEAS DOS PARADIGMAS JURÍDICOS	136

4.1.1 A crise dos modelos de Estado de direito contemporâneos ..	138
4.2 TEORIA DO GARANTISMO JURÍDICO: PROPOSTA DE ORIENTAÇÃO AO LEGISLADOR E AO JULGADOR	139
4.2.1 Descrição das acepções garantistas	142
4.2.1.1 Modelo de Estado Garantista: Estado de direito e legitimação	142
4.2.1.2 Teoria Jurídica Garantista e o princípio da legalidade	143
4.2.1.2.1 <i>Consectários garantistas de exegese</i>	146
4.2.1.2.2 <i>Falácias teóricas combatidas pelo Garantismo Jurídico</i>	147
4.2.1.3 Filosofia Política Garantista: doutrinas políticas autopoieticas e doutrinas políticas heteropoieticas	150
4.3 A FORMAÇÃO E A APLICAÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO A PARTIR DAS DIRETRIZES GARANTISMO JURÍDICO	152
4.3.1 Perspectiva orientativa do sujeito da Teoria Garantista	153
4.3.1.1 Fase de formação: âmbito legislativo	155
4.3.1.2 Fase de retroalimentação do âmbito judicial: a reprodução pela aplicação do sistema jurídico e/ou a construção de novos elementos comunicativos	157
4.3.1.3 Fase de diferenciação, crise, instabilidade e evolução: inserção de elementos externos, novas probabilidades e legitimação	162
5 CONCLUSÕES	169
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	175

1 INTRODUÇÃO

Esta tese debruça-se sobre uma compreensão sistêmica do fenômeno direito, da qual são deduzidas questões interligadas de forma complexa. Seu intento principal é perquirir sobre seguinte problema: “Pela perspectiva sistêmica, o Garantismo Jurídico pode ser considerado uma proposta prescritiva à atuação dos sujeitos operadores do sistema jurídico luhmanniano?”.

Para responder a essa pergunta, articulam-se, no decorrer do trabalho, as esferas cognitivas do pensamento sistêmico, como concepção metodológica; da Teoria dos Sistemas, de Niklas Luhmann, como construção teórica de base para este trabalho; das ações comunicativa e estratégica, de Jürgen Habermas, como modo de atuação; e do Garantismo Jurídico, como proposição de atuação ética dos operadores do direito, conforme se infere a seguir.

Hodiernamente, com base na compreensão de autores sistêmicos (tais como Frijot Capra, Peter Senge, Humberto Maturana, Maria José Esteves de Vasconcellos), duas concepções metodológicas destacam-se nas percepções e abordagens fenomênicas: o modelo cartesiano e o modelo sistêmico. O pensamento cartesiano, ou mecanicista, prioriza o processo analítico, em que se pretende a compreensão dos objetos com clara delimitação de suas fronteiras e com a sua decomposição, visando à simplicidade e ao reducionismo. Já o pensamento sistêmico reveste-se de um método preocupado com a integração e o dinamismo do todo, a ser verificado nas relações circulares entre partes e partes, e entre estas e o todo, e, ainda, entre o todo e outras totalizações. Assim, sua proposta é vislumbrar os princípios básicos de organização e a adoção de equilíbrio entre tendências opostas, como reducionismo e holismo, análise e síntese – o que o caracteriza como um método que incorpora contradições e complexidade. Esse modelo, por consequência, comporta, na análise de determinado fenômeno, a consideração de todos os fatores relevantes que influem na verificação da ocorrência do objeto observado.

Um dos expoentes atuais do pensamento sistêmico é Niklas Luhmann, cujo mote investigatório é a sociedade complexa. Intitulando seu aporte teórico como Teoria dos Sistemas, Luhmann define a sociedade como sistema social, enquanto conjunto de elementos

comunicativos, e vislumbra, como especialização desses elementos comunicativos sociais, a formação de um subsistema que origina o direito, como um conjunto de elementos comunicativos identificados pelo código jurídico.

No entanto, apesar da indicação da concepção sistêmica de imprescindibilidade de consideração de todos os fatores que se conjugam na ocorrência de um dado fenômeno, percebe-se, na teoria luhmanniana, a ausência de uma variável do sistema que é determinante nas modificações e nas motivações dos dinamismos sistêmicos: a figura do sujeito.

Frente a tal constatação, surge, como indagação que integra o problema desta pesquisa, o questionamento acerca da possibilidade de se inserir a figura do sujeito na teoria descritiva sistêmica. Na hipótese de uma resposta positiva, é alcançável, a partir de um prisma estático, uma visão sistêmica do funcionamento da sociedade e dos seus subsistemas. Na perspectiva dinâmica do sistema social com o sujeito inserido, importa, para este trabalho, observar a atuação dos sujeitos que operam a funcionalização sistêmica, quais sejam o magistrado e o legislador.

Nesse espectro, conforme se verifica dos atos humanos, à atuação dos sujeitos operadores do direito é conferida, inexoravelmente, uma carga valorativa. Por isso, haja vista que tal atribuição de operar o sistema jurídico é legitimada procedimentalmente, perscruta-se sobre os fins dessa atuação. Argumenta-se que tal finalidade é conferida pelo contexto histórico que serviu de base racional para a instituição dos direitos fundamentais e para a limitação dos poderes estatais, como resultado de nossa evolução e instrumentais contemporâneos necessários para a continuidade do desenvolvimento do grupo social.

Nesse trilhar, como interrogação formativa do problema dessa pesquisa e considerando a necessidade de se manter a integridade do sistema jurídico, também se perscruta sobre qual espécie de ação seria adequada à atuação dos sujeitos operadores do direito – julgador e legislador.

Ora, partindo do pressuposto de que a existência dos cargos com a atribuição de legislar e julgar é justificada instrumentalmente pelo sistema jurídico, cogita-se que a atuação desses sujeitos deve ser direcionada à integridade e incolumidade do próprio sistema, o qual, por sua vez, é formado pelas tendências axiológicas do sistema social.

Para essa pergunta procedimental, chega-se à Teoria da Ação Comunicativa, de Habermas, o qual teorizou as ações da pessoa humana pela racionalidade comunicativa – voltada a um consenso a partir da comunicação – e pela racionalidade estratégica – cujo mote é o alcance de um êxito em específico. A última espécie de ação denota uma correspondência última à instrumentalidade da atuação dos sujeitos operadores do sistema jurídico, razão pela qual sua aplicação é investigada nesta tese.

Para tanto, é necessário que tais sujeitos tenham consciência de sua importância na formação do direito, especialmente, na designação de sua referência semântica. É nesse panorama, portanto, que se chega ao questionamento da possibilidade de uma proposta prescricional da atuação do magistrado e do legislador.

Assim, finalmente, haja vista a inexorabilidade de atribuição de carga valorativa à atuação do sujeito, debruça-se à verificação se o Garantismo Jurídico, tal como orientação às atribuições dos sujeitos operadores do direito, seria uma teoria adequada como proposta da dimensão ética ao enquadramento descritivo do sistema jurídico luhmanniano.

O enfrentamento das questões referidas, então, consubstancia a tese aqui defendida, em que se pretende a verificação do Garantismo Jurídico como proposta de dimensão ética ao sistema jurídico, com a possibilidade de se inserir o sujeito no dinamismo do sistema jurídico luhmanniano, em que se faz também possível a aplicação de uma ação estratégica na atuação dos sujeitos operadores do direito (magistrado e legislador), considerando a imprescindibilidade da legitimação externa do direito.

Esta pesquisa, arregimentada pela abordagem dedutiva, tem, como objetivos, devidamente estruturados nos capítulos que lhe compõem, (a) a explanação da Teoria dos Sistemas com base no modelo sistêmico, (b) a exposição e compreensão, no pensamento luhmanniano, da ausência da figura do sujeito e de uma legitimação externa do direito e do Estado, a partir das críticas tecidas por Ferrajoli e Habermas, e a verificação da importância da inclusão do sujeito e da existência de uma dimensão ética ao sistema jurídico, considerando a ação social habermasiana; e, por fim, (c) a verificação de correspondência entre a Teoria Luhmanniana e a Teoria Garantista, no diz respeito à possibilidade desta dimensionar um conteúdo ético para aquela.

Frise-se, por oportuno, que não se pretende, neste trabalho, determinar uma atuação fixa e única dos sujeitos que operam os institutos estatais ou fornecer uma abordagem estanque de uma ética estatal. A pesquisa, em razão da incontestável instrumentalidade do Estado, visa a uma proposta de orientação deontológica da atuação dos sujeitos operadores do direito. Ademais, propõe-se a demonstração da imprescindibilidade de os sujeitos legislador e julgador atuarem em razão fundante de seus cargos: como meios propulsores do instrumental jurídico-político do Estado. Juízes e legisladores não são um fim em si mesmos, legitimados pela detenção de seus cargos. Pela estrutura constitucional, são atribuídas determinadas funções a tais sujeitos com o objetivo de se manter a organização de Estado e de direito. Tal fim, entretanto, justifica a existência de referidos cargos e funções e deve ser observado no exercício deles mesmos. E mais: acima de tal fim, há a finalidade última de tais instituições, qual seja a sua funcionalização aos interesses e necessidades vitais da pessoa humana.

2 O SISTEMA JURÍDICO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: O PENSAMENTO SISTÊMICO EM NIKLAS LUHMANN

Desde o século XVII, a compreensão dos fenômenos e a forma do pensamento ocidental são orientadas pela visão cartesiana. A base metodológica fundamental de referida observação é relacionar um efeito a uma causa que o antecede e o determina por meio de um nexo causal, a fim de tornar a realidade inteligível (SOUZA FILHO, 2000).

Renè Descartes, expoente do método, propõe sua leitura a partir da *análise* e da *síntese*: aquela, caracterizada pela divisão do fenômeno (seja natural ou mental), que será observado de acordo com as partes necessárias para chegar a constituintes passíveis de entendimento e explicação racional; e esta, caracterizada pelo conjunto das partes dos elementos constituintes, o qual forma o todo (LAKATOS; MARCONI, 1991).

O método cartesiano identifica, igualmente, as faculdades intelectuais de intuição e dedução, pressupondo, para tanto, quatro regras:

- a) a regra da evidência: a qual estabelece que não se exclui qualquer elemento a não ser que haja evidências que justifiquem a exclusão;
- b) a regra da análise: que determina a divisão do objeto no maior número de partes possível para estudo;
- c) a regra da síntese: que impõe a reestruturação do conjunto separando as verdades independentes das verdades derivadas, ordenadas conforme as relações existentes entre elas; e
- d) a regra da enumeração: que sugere a seleção dos elementos necessários e suficientes para elaborar uma verdade sobre o objeto em estudo, sem omissões nem excessos (DESCARTES, 1996).

Em suma, o pensamento cartesiano indica que a explanação do mundo dá-se com redução de ocorrências complexas a seus componentes básicos e com a análise fragmentada desses. Assim, tal método prima pela simplicidade, pois enquadra os fenômenos em relações causais lineares, e pela estabilidade, pautando-se pela previsibilidade, controlabilidade e objetividade (CAPRA, 2012).

Tal modo de observação que desenhou uma ciência reducionista enraizou-se tão profundamente na cultura ocidental que

passou a ser confundido com o método científico. Por consequência, a própria cultura tornou-se progressivamente fragmentada e culminou no desenvolvimento de uma tecnologia, instituições e estilos de vida doentios, tendo em vista o desprezo que prega a definições e explicações que fogem de seu método (CAPRA, 2012).

No entanto, considerando que a sociedade contemporânea apresenta um entrelaçamento não linear, não processual e não metódico dos fenômenos, surgem novos pressupostos epistemológicos: a complexidade, pelas contradições existentes, a instabilidade, em razão da desordem verificada, e a intersubjetividade, diante das incertezas. Ao se analisar tal panorama pelo método cartesiano, provoca-se a distorção da percepção em situações complexas; isso porque, ao se separar um todo em suas partes constituintes, corre-se o risco de se perderem as relações que permeiam e interligam o sistema. Assim, a visão mecanicista tornou-se inadequada a tentativa de promover o desenvolvimento do conhecimento científico como um processo linear de evolução (CAPRA, 2012).

Os fenômenos da sociedade contemporânea interligam-se em uma teia em que início, fim, causa e consequência estão vinculados. Devem ser enfrentados, pois, os desafios explicativos que antes eram relegados pelo método cartesiano, como a instabilidade, a incerteza e a indefinição (COLOM, 2004). No ambiente complexo, portanto, inexistia um sentido a ser seguido, mas sim um contexto em que a certeza é o caos (TRINDADE, 2008).

Com a insuficiência da metodologia analítica, verificada com as ilogicidades de sua aplicação nos sistemas sociais e nos processos científicos das mais diversas áreas do pensamento, surgiu a necessidade de construção de novos paradigmas fundantes do pensamento científico que relacione as expectativas do ambiente complexo (TRINDADE, 2008).

Essa imprescindibilidade originou a noção de conhecimento sistêmico, o qual se desenvolveu simultaneamente com diversas disciplinas na primeira metade do século passado, tendo como pioneiros os biólogos, que examinavam a concepção dos organismos vivos como totalidades integrantes, e os estudiosos da cibernética. Posteriormente, acresceram-se estudos relacionados à psicologia de Gestalt, à ciência da ecologia e à física quântica (CAPRA, 1999).

Houve, portanto, um movimento de reconhecimento da importância dos desafios explicativos da sociedade complexa, a qual passou a ser apresentada por um modelo de reestruturação do conhecimento atual diversa da análise, em que se reduz a complexidade e amplia-se a sua gama de incidência, denominado pensamento sistêmico (TRINDADE, 2008).

De acordo com o método sistêmico, observa-se o meio complexo de uma postura científica igualmente complexa, em que a ordem de as partes não mais determina o todo, mas é o todo que determina o sentido contextual das partes e interfere nas suas relações (TRINDADE, 2008).

Nesse compasso, a funcionalismo dos sistemas passa a ter destaque em detrimento da percepção analítica e da especialização de certezas. Na estrutura dos sistemas, o questionamento sobre as razões fundantes e motivadoras fica em segunda ordem: a atenção dirige-se à sua função e às interações que tal sistema realiza com os demais sistemas, assim como as relações internas de seus elementos integrantes (TRINDADE, 2008). Por isso, o método sistêmico não determina qual o paradigma último a fundamentar de forma inquestionável – eis que inexistente –, mas propicia um panorama holístico e funcional do ambiente. O pensamento sistêmico inova no modo de se perceber os fenômenos do mundo e tem a pretensão de solucionar problemáticas complexas que se mostraram irresolúveis para o método cartesiano. Assim, verifica-se uma complementaridade em tais pensamentos, mas também divergências. O pensamento sistêmico enfatiza mais o todo do que a parte isolada e atomizada e considerar, em um sistema integrado, todos os elementos influenciadores em determinado fenômeno, a relação entre eles e a circularidade relacional com o todo (SENGE, 2013).

Nessa linha de pensamento, a verificação de um fenômeno deve reconhecer a inclusão de variáveis relevantes, mesmo que isso represente uma contradição, ou o aumento da complexidade ou a inclusão da subjetividade – que são peculiaridades típicas observadas nesse método. Assim, em sentido oposto à concepção cartesiana de conhecimento fragmentado dos objetos que compõem o todo, o método sistêmico prioriza as relações entre os elementos relevantes ao fenômeno (SENGE, 2013).

No novel pensamento, a hierarquia é substituída pelo dinamismo em rede, bem como se abandona a causalidade linear, típica do pensamento cartesiano, e adota-se a circularidade. Naquele, a compreensão de um determinado fenômeno refere-se ao levantamento dos dados e ao reconhecimento de padrões, em que se verificam as explicações causais do que é estudado (assim, as relações tautológicas ou de exceção remanesceram excluídas ou em segundo plano). Esta, inspirada na cibernética e na engenharia de controle, reconhece a imprescindibilidade do exame das relações circulares e defende que, sem o entendimento de tais relações circulares, a compreensão do todo fica limitada. Assim, propõe a busca pelo panorama integral da ocorrência de determinado fenômeno por meio dos fluxos circulares, no lugar de apenas serem consideradas relações lineares de causa e efeito (SENGE, 2013).

Além disso, nota-se a consideração da estrutura de determinado fenômeno evidenciada pela primazia de seus processos, que é o que estabelece padrões de organização e permite a materialização da estrutura. É aqui que se destacam a teoria da autopoiese, originalmente de Maturana e Varela, e a teoria das estruturas dissipativas de Prigogine. Ainda, no intuito de pretender alcançar uma teoria integradora entre estruturalismo e funcionalismo, tem-se o marco teórico inicial desta pesquisa, Niklas Luhmann, e Jürgen Habermas (ANDRADE, 2012).

Por fim, o pensamento sistêmico possibilita a passagem do comportamento de controle para a cooperação, a influência e a ação não violenta¹. Para tanto, considera-se a hipótese de estudos ecológicos de que são insustentáveis os sistemas humanos hierárquicos movidos pelo controle unilateral e que a postura cooperativa é a que permite a evolução dos sistemas e da humanidade².

¹ Cf. NAGLER, Michael. **The search for a nonviolent future**. California: Berkeley Hills Books, 2001; MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **Árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana**. São Paulo: Palas Athena, 2010.

² “Logo, a atitude postulada por Bacon, de dominação e tortura da natureza com vistas ao seu domínio e controle, também pode ser encarada como uma atitude não sustentável na relação com a comunidade da vida. Essas percepções implicam a necessidade de uma mudança da atitude de dominação e controle da natureza, incluindo os seres humanos, para um comportamento cooperativo e de não-violência, tanto na ciência quanto na tecnologia, organização e

Na evolução do pensamento sistêmico, demonstrada por teorias como engenharia do controle (Talcott Parsons) e pela teoria cibernética (Prigogine, Habermas), Niklas Luhmann desenvolve uma teoria categorizada no terceiro movimento do pensamento sistêmico, conhecida como dinâmica dos sistemas. É-lhe atribuída, então, a introdução da teoria dos sistemas nas ciências sociais.

Na sua intenção de esclarecer o funcionamento da sociedade moderna, Luhmann oferece a configuração de um modo científico apto à explanação das atuais sociedades complexas (ROCHA, 1994).

2.2 A TEORIA SISTÊMICA DE NIKLAS LUHMANN

A inovação de Luhmann é o exame da sociedade a partir do paradigma sistema-meio, em que a sociedade é categorizada como sistema, e os sujeitos, formadores de seu entorno. O paradigma sistema-ambiente, como recurso epistemológico da busca pela diferenciação de um componente do binômio, representa o abandono do modelo tradicional do conceito de objeto, que se fundamenta nas propriedades daquilo que é pesquisado. A proposta de Luhmann caracteriza, de tal modo, a delimitação de um componente do binômio objeto-contexto com base nas diferenças verificadas na comparação entre esses elementos, tendo em vista que um é referencial do outro. A observação da estrutura sistêmica a partir desse paradigma, assim, promove uma desparadoxização do sistema caracterizada pelo reconhecimento das características contrárias e diferentes em uma unidade - o que é peculiar do pensamento sistêmico³.

Em tal espectro, Luhmann, ao se utilizar dos recentes avanços de diversas teorias, como a Teoria dos Sistemas, da Cibernética, da

sociedade” (ANDRADE, 2012, p. 168).

³ De perspectiva diversa à tradição do pensamento ocidental, que assinala o paradoxo como uma declaração supostamente verdadeira, mas fundada em contradição, Luhmann (1997) pensa o paradoxo como algo construtivo e gerador de uma unidade conceitual. Como um dos paradoxos luhmannianos principais, como será detalhado adiante, tem-se que o sistema é objeto de seu próprio exame, determinando-se a si mesmo sob o prisma do reconhecimento de sua diferença em face do entorno. Tal é uma possibilidade da autorreferencialidade, que ainda fornece o paradoxo de favorecimento do fechamento e da abertura do sistema, a seguir explicado.

Evolução, da Comunicação, percebeu que a estruturação sistêmica dos fenômenos sociais integra uma evolução denominada por ele de funcional-estruturalismo, a qual considera o dinamismo presente no sistema e sua evolução por meio de perspectivas prováveis, já que as circunstâncias contextuais da sociedade são contingentes e indetermináveis. Dessa maneira, Luhmann suprime a subjetividade da explicação dos fenômenos sociais, haja vista a separação dos indivíduos humanos no dinamismo social em sua proposta.

A teoria luhmanniana apresenta-se em três fases distintas, as quais denotam uma linha evolutiva no que concerne à compreensão descrita da estrutura sistêmica por parte de Luhmann – o qual se corrigiu em poucas oportunidades.

Na fase inicial, que pode ser denominada de funcional-estruturalista, a teoria luhmanniana aborda uma descrição da sociedade moderna, primada pela complexidade e pelo modo com o qual mantém a sua ordem (estrutura) em um ambiente hipercomplexo e como, orientado à função, um sistema social pode modificar por si mesmo as suas estruturas.

Na fase seguinte, a teoria incorpora, pela funcionalidade do sistema, o conceito de autopoiese⁴, que será explicado adiante. Para tal complementação em seu pensamento, a ação, como unidade analítica da sociologia, foi substituída pela comunicação, a qual abrange a ação, a informação e a compreensão e exclui, portanto, o conceito de intersubjetividade (LUHMANN, 1996) – denominada por muitos críticos de morte do sujeito.

A última fase, observada na última década do século XX, consubstancia-se pela dedicação ao dinamismo relacional entre o sistema e o meio ambiente e no abandono, quase completo, de juízos axiológicos acerca da descrição da funcionalidade dos sistemas.

⁴ Expressão que se tornou conhecida a partir da publicação, em 1984, da obra intitulada *Sistemas Sociais* (LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general**. Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana, 1998), embora o conceito já se encontrasse em textos anteriores.

A proposta teórica de Luhmann, em seu conjunto, portanto, parte do exame acerca da funcionalização da sociedade moderna, cuja definição é diversa das teorias sociológicas e das políticas tradicionais⁵.

A teoria social tradicional sustenta que o estudo da sociedade parte de sua referência como um conjunto de sujeitos: consoante o pensamento cartesiano, a sociedade, como um todo, e o sujeito, como parte. Na compreensão luhmanniana,

Quando se parte da distinção sistema-entorno que coloca o ser humano (como vivente e consciente) ou no sistema ou no entorno; dividi-lo ou fraciona-lo em partes não é viável empiricamente. Se se tomar o homem como parte da sociedade, a teoria da diferenciação teria que se redesenhar como teoria da classificação dos seres humanos – já seja por estratos sociais, por nações, por etnias, por grupos. Mas como isso entraria em oposição evidente com o conceito de direitos humanos, em especial com o da igualdade, esse “humanismo fracassaria antes mesmo de suas próprias ideias. Assim, não há outra possibilidade que não seja considerar o homem pelo entorno – em corpo e alma – como parte do entorno do sistema social (LUHMANN, 2006, p. 16).

⁵ “Enquanto a tradição clássica europeia, com sua distinção entre humanos e animais, dotava os humanos de sentido, razão, vontade, consciência e sentimentos, a separação inexorável dos sistemas mentais e sociais que Luhmann substitui por *homo socialis* deixa claro que a sociedade é uma ordem sui generis emergente, que não pode ser descrita em termos antropológicos. A sociedade não tem o caráter de um sujeito - nem mesmo no sentido enfático transcendental, como uma condição de possibilidade de ideias subjacentes definitivas ou de mecanismos de qualidades humanas. Não é um endereço para apelos humanos de ação, e certamente não um lugar para reivindicar igualdade e justiça em nome de um sujeito autônomo. A sociedade é a redução comunicativa definitiva possível que separa o indeterminado do que é determinável, ou o que é processável da complexidade improcessável” (BECHMANN; STEHR, 2001).

Desse modo, os sujeitos não são partes integrantes do sistema social – pontuação que recebeu acirradas críticas, a serem abordadas no próximo capítulo⁶.

Em tal compasso, na construção teórica em estudo, a sociedade moderna é considerada um sistema, o qual representa um complexo de elementos em interação ou um conjunto de componentes em estado de interação⁷. E, especificadamente, os elementos de interação da sociedade moderna são as comunicações – desde aquelas que se reproduzem autopoieticamente mediante o entrelaçamento recursivo das comunicações e aquelas produzidas a partir de tais relações (LUHMANN, 1993).

Considerando a sociedade um sistema de comunicações⁸, em sua dinâmica, tem-se que o grupo social criou e autoproduziu comunicações representativas de um dado modelo de linguagem. Essas comunicações diferenciam-se conforme os códigos que as caracterizam (economia, política, direito). Além disso, detêm a funcionalidade de reconhecer outras comunicações e distingui-las de outros estados de coisas. Dito de outra forma, surgiram, de cada modelo linguístico, sistemas com a função de ordenar essa complexidade a partir de uma perspectiva específica, conforme o tipo de diferenciação funcional. Em

⁶ Como se verá no último tópico deste capítulo, essa nova percepção não significa a morte do sujeito ou mesmo a desconsideração de sua importância. Luhmann atribuiu ao indivíduo o lugar de criador da comunicação e guardião do sistema psíquico, sistema primário de onde advém o sistema social. Contudo, o autor abandona o conceito de sujeito como elemento essencial para a explicação da sociedade e dos sistemas que a compõem. Ora, caso o sujeito fosse eliminado totalmente em sua construção sistêmica, a própria teoria dos sistemas se perderia, visto que os sujeitos são sistemas vivos, conscientes e formadores das informações elementares dos sistemas. Assim, em que pese os não formarem a sociedade em termos tradicionais (em que a sociedade é o conjunto de indivíduos, a ser explanado no último tópico deste capítulo), são os responsáveis pela comunicação que formam o sistema social (LUHMANN, 1993).

⁷ “Sistemas, funcionalmente diferenciados dependentes e independentes ao mesmo tempo, são expressão de complexidade” (NEVES; SAMIOS, 1997, p. 11).

⁸ “Aplicando esse conceito ao caso da comunicação, podemos dizer que, sobre a base de suas chocantes propriedades, a linguagem serve de acoplamento estrutural entre comunicação e consciência” (LUHMANN, 1993, p. 61).

tal diferenciação, é possível distinguir sistema e ambiente (LUHMANN, 1993).

Por conseguinte, toma-se por base o conceito de comunicação para formação da sociedade como sistema e apresentá-la como uma estrutura sistemática operativamente fechada, guiando-se somente por suas próprias operações e reproduzindo suas próprias comunicações; e cognitivamente aberta, considerando que as referências externas são inevitáveis (LUHMANN, 1993).

As características principais da sociedade são, dessa forma, a complexidade e a diferenciação funcional.

Por complexidade⁹ compreende-se a totalidade de possibilidades de experiências ou ações, cuja ocorrência permite o estabelecimento de uma relação de sentido – no caso do direito, significa considerar não apenas o legalmente permitido, mas também as ações legalmente proibidas (LUHMANN, 1983)¹⁰.

A diferenciação funcional, por sua vez, reflete as especializações semânticas relativas à economia, política, ciência, direito, etc., bem como as diferenciações existentes dentro de tais setores, em conexão funcional, como o direito constitucional em referência ao direito. Essa segunda característica da sociedade moderna representa a quebra dos paradigmas das sociedades arcaicas – cuja peculiaridade era a segmentação – e das sociedades antigas – que eram estratificadas em hierarquias. A baliza da sociedade moderna, então, são as funções diferenciadas, e não as ordens superior/inferior (NEVES; SAMIOS, 1997). Esse é o ponto fulcral da teoria luhmanniana.

A diferenciação interna é a forma pela qual as relações entre os subsistemas expressam a ordem do sistema total. Assim diferenciação interna quer dizer, também, que, desde a perspectiva do sistema parcial, tudo o que pertence ao sistema maior é entorno. É o que é incluído no conceito de sistema – por isso, segundo citada teoria, a ordem própria da diferenciação interna exige que já estejam regularizadas as relações entre os subsistemas (LUHMANN, 2003).

⁹ “[...] complexidade não é uma operação, não é algo que um sistema execute sem consideração ao que ocorre nele, sem que haja uma concepção de observação e de descrição – incluída a auto-observação e a autodescrição” (LUHMANN, 2006, p. 101).

¹⁰ “Reduzir a complexidade é a tarefa principal dos sistemas. Há uma coação para a seleção das múltiplas possibilidades” (NEVES; SAMIOS, 1997, p. 11).

É a compreensão de tal complexidade e da diferenciação funcional que será o centro do estudo de Luhmann para a elaboração de sua teoria dos sistemas.

Em tal trilhar, a sociedade moderna está em constante processo de diferenciação funcional, o que significa que está em uma dinâmica formação de distintos âmbitos de funcionalidades. Como consequência desse processo dinâmico, tem-se a individualização e a autonomização de cada um dos sistemas da sociedade – o que representa que cada sistema desenvolve suas próprias estruturas e elementos para se reproduzir e manter sua identidade sistêmica (o que implica na diferenciação entre sistema e ambiente). Desse modo, a coexistência de subsistemas distintos da sociedade (a religião, a economia, a educação, a ciência) representa cada um dos ambientes ou entorno dos demais. Exemplificadamente, o sistema político é entorno do sistema econômico, do entorno dos sistemas econômico e educativo. Desse modo, ainda, a sociedade moderna é uma sociedade carente de centro, ou seja, nenhum sistema pode representar o todo da sociedade.

Diante disso, a base do binômio sistema-ambiente cerne da teoria luhmanniana é a formada pela distinção do ambiente surgida nos limites impostos pelo sistema na análise de suas funcionalidades. Especificadamente, seu método concebe a noção de sistema como estrutura orientadora no tratamento do seu desnível de complexidade em relação ao ambiente (NEVES, 2013). Além disso, na sequência do pensamento, tem-se que o sistema, de modo endógeno, é passível de partição em sistemas mais específicos, os quais, ainda, dividem-se em subsistemas. Por isso, a observação com base na teoria dos sistemas deve considerar as comunicações realizadas entre os sistemas e entre os elementos que os constituem (TRINDADE, 2008).

2.2.1 O sistema social: funcionamento e especializações

Luhmann distingue três grandes sistemas como fenômenos do mundo: os sistemas vivos (referentes às operações vitais), os sistemas psíquicos (afetos aos indivíduos), e os sistemas sociais (constituídos basicamente por comunicações).

Os sistemas sociais possuem dupla funcionalidade: mediam a complexidade do mundo (ambiente) e a limitada capacidade do homem em assimilar as formas de vivência e buscam reduzir a complexidade,

selecionando as possibilidades do mundo baseando-se em critérios internos ao sistema. Dentro dos sistemas sociais, têm-se subsistemas: economia, educação, direito, política, medicina – condição em que se vê a complexidade da sociedade moderna (MADEIRA, 2007).

Na conjectura dos critérios internos da estrutura sistêmica, operacionaliza-se a característica de um sistema autopoético: aquele que produz autonomamente suas estruturas e os elementos de sua composição, os quais, por sua vez, não existem fora do sistema e, ainda, são utilizados por este no estabelecimento de distinções (CADEMARTORI; DUARTE, 2009). Para aferir a conotação de autopoiese, é necessário considerar a inexistência de *input* ou de *output* de elementos no sistema ou a partir dele, visto que é autônomo tanto no plano estrutural¹¹ quanto no plano operativo¹². São, assim, sistemas fechados que se reproduzem a partir das operações que foram geradas antes, no próprio sistema (CADEMARTORI; DUARTE, 2009).

Por corolário, tudo o que não integra o sistema pertence ao ambiente: os elementos não peculiares do sistema participam do seu ambiente, dando-lhe a distinção necessária para sua consubstanciação como estrutura sistemática. Tais elementos interagem entre si e produzem diversas operações. Quando o sistema não consegue responder imediatamente a todas as relações entre os elementos, e nem

¹¹ “O acoplamento estrutural designa quais são e como se ocorrem as “dependências” do sistema em relação ao ambiente, ou seja, como essas “dependências” se compatibilizam com a autorreprodução do sistema. Isso não quer dizer que o ambiente determina as operações do sistema, ele apenas produz perturbações ou interferências ou, ainda, ruídos (sem qualquer pressuposto causal) que só são reconhecidas porque o próprio sistema processa essas informações com operações que lhe são próprias” (LUHMANN; DE GIORGI, 1994, p. 10 e 22).

¹² “No que tange às operações, sabe-se que sistemas autopoieticos são estruturas que produzem não somente sua organização, mas também os elementos dos quais eles são compostos. Em um plano temporal, tais elementos são as operações. As operações, então, constituem os sistemas e não têm uma existência independente: eles são produzidos no sistema exatamente pelo fato de serem utilizados como distinções. São informações, distinções no próprio sistema, o que as caracteriza como unidades de uso para a produção de outras unidade de uso. A autopoiese refere-se, desse modo, ao nível operativo dos sistemas, indicando que eles são constituídos por elementos autoproduzidos” (LUHMANN, 1997, p. 41).

todas as suas possibilidades podem se realizar, origina-se a complexidade do sistema (KUNZLER, 2004).

Quando o sistema gera probabilidades relacionais, torna-se mais complexo, mas em razão menor que o seu ambiente, que é sempre mais complexo por conter um número maior de elementos. Algumas relações realizam-se, outras remanesçam em potência. Com as inúmeras possibilidades do ambiente, surgem várias outras, o que causa um aumento de desordem e contingência, e, por consequência, faz com que o sistema selecione apenas algumas possibilidades que lhe fazem sentido de acordo com a função desempenhada, tornando o ambiente menos complexo para ele. Se selecionasse todas, não sobreviveria (KUNZLER, 2004).

O sistema também é capaz de fixar seus próprios limites, ao diferenciar-se do ambiente, limitando as possibilidades no seu interior (KUNZLER, 2004).

Objetivando a organização de sua complexidade interna, o sistema se autodiferencia, visto ser condição para esse enfrentamento de transformação interna, criando subsistemas, deixando de ser simples e tornando-se mais complexo. Por conseguinte, evolui, tal como aconteceu com o sistema direito: diferenciou-se, primeiramente em público e privado. Depois, aquele se especializou em direito constitucional, administrativo, penal, etc., o que revela a evolução do subsistema (KUNZLER, 2004).

Essa evolução é condicionada às interferências/irritações do ambiente, que podem levá-lo à transformação de suas estruturas conforme a tolerância do sistema. Aqui, retoma-se a ideia de autopoiese: a produção de si mesmo, responsável por um aumento constante de possibilidades até que a complexidade atinja limites não tolerados pela estrutura do sistema, leva-o a mudar sua forma de diferenciação. A evolução do sistema ocorre quando ele se autodiferencia e ainda quando há uma passagem de um tipo de diferenciação para outro.

O ambiente pode interferir no sistema e provocar sua autoprodução, pois se trata de um estímulo à autopoiese do sistema. A esse respeito, esclarece-se que as irritações ou interferências ocorrem a partir de diferenciações e comparações com estruturas internas aos sistemas e, por isso, é produto do sistema (KUNZLER, 2004). Algumas

possibilidades do ambiente irão chamar a atenção do sistema, nele causando interferências.

É nessa conjuntura que o sistema evolui com o objetivo de sobreviver à complexidade criada com as contingências inesperadas do seu meio, impulsionando a uma reforma, que não pode ser planejada, dado que ela se nutre dos desvios da reprodução normal.

Há, por consequência, operação do sistema que conserva a sua integridade e diferenciação: a autorreprodução/autorreferência, ocorridas no interior do sistema, e o contato cognitivo do sistema com outros sistemas e/ou com o ambiente, que é a heterorreferência.

Ambas as operações representam uma forma de comunicabilidade, quais sejam uma, interna, e outra, externa, as quais foram indicadas por Luhmann como resultantes de duas funcionalidades sistêmicas: o fechamento operacional e a abertura cognitiva.

2.2.1.1 Pressupostos sistêmicos: abertura cognitiva e fechamento operacional

A comunicabilidade, conforme mencionado, existe entre os elementos do sistema e entre o ambiente com o exterior: tal vínculo existente dentro do sistema é autorreferente, ou interno, caracterizado pelo fechamento operacional, enquanto a relação com o ambiente ou com outros sistemas é heterorreferente, ou externa.

Os pressupostos do sistema que facilitam ou permitem tal comunicabilidade são o fechamento operacional, no que tange à comunicabilidade autorreferente, ou interna, e à abertura cognitiva, no que se refere à comunicabilidade heterorreferente, ou externa. Nesses termos, segundo Luhmann, os sistemas sociais são sistemas abertos e fechados, mas não abertos ou fechados, mas são fechados porque são abertos ao meio a partir da comunicação, que é o único elemento que permite transcender a clausura do sistema.

O fechamento operacional significa que nem o ambiente nem o sistema podem agir na esfera de operacionalidade do outro. No caso do sistema, é de sua operação interna a observação, a irritação, a seleção e a informação, inexistindo inputs, outputs, conforme citado, não importando elementos prontos e acabados do ambiente (LUHMANN; DE GIORGI, 1994).

Se o sistema selecionar um elemento do ambiente, será assimilado pela sua estrutura de acordo com a função que possa desempenhar. Isso porque o sistema não poderia construir sua própria identidade/complexidade e seu próprio conhecimento se fosse confundido com o ambiente/meio¹³.

Esse fechamento favorece o autoaperfeiçoamento da complexidade do sistema e, quanto mais complexo, mais apto está ao conhecimento do ambiente porque, sob a condição de fechamento, o sistema desenvolve a própria complexidade e aumenta, com isso, suas realizações cognitivas (LUHMANN; DE GIORGI, 1994).

O fechamento operacional é, por isso, condição para o conhecimento e somente o é porque o sistema não pode estabelecer nenhum contato condicionante com o ambiente. Por não haver qualquer interferência do ambiente, o sistema constrói conhecimento a partir da rede recursiva das próprias operações.

Desse modo, o que não faz sentido para o sistema é descartado e resta na complexidade do ambiente como força potencial a ser utilizada em momento posterior, se oportuno – razão pela qual se pode afirmar que, no lugar de limites territoriais ou materiais, o sistema tem limites de sentido (KUNZLER, 2004). Isso porque, de acordo com Luhmann, o sistema emergente no processo evolutivo social é o sistema de comunicação que se denomina sociedade. Daí se deduz que a sociedade e a comunicação partilham da mesma identidade. Assim, se o sistema sociedade é composto de comunicações, tudo o que não é ou que não é selecionado pelo sistema é ambiente – o que faz do humano ambiente do sistema social (CADEMARTORI; DUARTE, 2009).

Partindo do fundamento de que é sistema de comunicação, a sociedade abrange diferentes sistemas funcionais, distintos entre si por conta da diferenciação operacional: do ponto de vista da unidade, uma diferença encontrada no sistema está na função do que o sistema diferenciou (LUHMANN; DE GIORGI, 1994).

¹³ Se a estrutura sistemática verifica um elemento no ambiente, está diferenciando algo no meio do caos, no meio do indiferenciado. O conhecimento projeta diferenciações numa realidade, que não conhece nenhuma diferenciação, pois conhecer é caracterizar algo como é e não como não é – mas é desta designação que surge a distinção caracterizadora. Os demais elementos não designados permanecem no ambiente.

A abertura cognitiva representa a demanda de conteúdo e de volume das relações havidas entre o sistema e o seu ambiente, ou seja, relação entre os elementos do sistema e do ambiente, observada pela comunicabilidade. Tais relações ocorrem em conformidade com a predisposição da estrutura sistemática, ou seja, de acordo com sua capacidade de suportar interferências externas.

É por isso que qualquer abertura do sistema só se justifica devido ao seu fechamento, tendo em vista que as operações de autorreferência não absorvem o sentido global do ambiente, apenas de levar em consideração fatores que concorrem para constituição do sistema (elementos, processos, o próprio sistema) que não são exclusivos do sistema e que permitem combinar autorreferenciabilidade e heteroreferenciabilidade (FEBBRAJO, 1990).

Importa, aqui, destacar que a concepção de comunicabilidade do sistema com o seu exterior, representando interações intersistêmicas, ou a interação de sistemas interligados a sistemas ou do mundo como sistemas de sistemas faz remição à ideia de ecossistema: “vários sistemas, cada um com seu aspecto de totalidade, tais como um indivíduo, uma família, uma cidade, uma nação, interagindo numa rede dinâmica de interdependências mútuas” (VASCONCELLOS, 2009).

A noção da interação ecossistemática deve considerar a identidade de cada sistema, que apresenta um fechamento operacional para impedir a perda de sua identidade por outro código sistemático, e a abertura cognitiva, que permite a comunicação do ambiente para o sistema (VASCONCELLOS, 2009).

A comunicabilidade externa, ainda, faz referência à ideia de fronteiras, ou delimitações, por meio de que ocorre a comunicação, ou relação, entre sistemas ou as relações entre o sistema e seu ambiente, então considerado como o contexto do sistema (VASCONCELLOS, 2009).

Tendo em vista que as delimitações do sistema são um aspecto de sua relação com seu ambiente e outros sistemas, tais fronteiras são dinâmicas, o que dificulta definir com exatidão os limites da estrutura sistêmica (VASCONCELLOS, 2009).

O que se deve atentar é que as delimitações não são barreiras, mas o fator sistêmico que permite a relação externa e o câmbio de informações entre sistema e ambiente.

Acerca da permissão de troca informacional havida entre sistema e ambiente ou sistema e outros sistemas, deve-se distinguir entre sistema fechado e sistema isolado: este seria fechado tanto ao *input* de formas operacionais sistemáticas quanto ao *input* de informação. Já o sistema fechado seria fechado somente aos *inputs* de formas operacionais sistemáticas, mas aberto aos *inputs* de conteúdo informacionais. Poder-se-ia também afirmar que os sistemas sociais seriam sensíveis às diferenças ou à variedade que a informação carrega, denominando-se de informação uma variedade codificada e de ruído uma variedade não codificada (VASCONCELLOS, 2009).

A abertura do sistema para a troca com o exterior, por menor que seja, é suficiente para caracterizar o sistema como aberto. Por conseguinte, a definição “sistema semi-aberto” não existe. Existem, sim diferentes graus de permeabilidade das fronteiras de um sistema aberto. Dessa maneira, em tal graduação, as fronteiras podem ser muito permeáveis, quando o sistema torna-se muito suscetível às influências de seu ambiente, e também podem tornar o sistema quase impermeável, apresentando uma redução quase total do câmbio entre sistema aberto com o seu ambiente (VASCONCELLOS, 2009).

Diante do explanado, o fechamento operacional não representa a finalidade em si mesmo do sistema, mas, antes, é uma condição da abertura. É por isso que se salienta que as críticas que promovem a equiparação do fechamento como à situação de ausência de ambiente desconhecem o problema central da capacidade de conexão entre acontecimentos elementares (NEVES, 2013).

Em face à ponderação perspectiva sistêmica, tanto o sistema quanto suas fronteiras podem ser resultantes de distinções do próprio observador (VASCONCELLOS, 2009), o que será de importante relevo quando as interpretações do sistema tiverem eficácia sobre a estrutura sistêmica interpretada – interpretação esta que será consubstanciada pelo sentido fornecido pelo sujeito que opera determinado sistema, consoante explanado nos capítulos seguintes.

2.2.1.2 Dinamismos do sistema originados de seus pressupostos

As operações de autopoiese e de heteropoiese sucedem os dinamismos da autorreferência e da heterorreferência, os quais

expressam, respectivamente, o fundamento interno ou externo para a reprodução e a evolução do sistema social.

Autopoiese é a dinâmica de autorreprodução do sistema a partir de suas estruturas e de seus elementos de sua composição, os quais, por sua vez, não existem fora do sistema e, ainda, são utilizados por este no estabelecimento de distinções (CADEMARTORI; DUARTE, 2009).

É sabido que o conceito de autopoiese traz o difícil e frequentemente mal interpretado significado de sistema operativamente fechado¹⁴, uma consequência forçada da definição (conceitualmente tautológica) de que nenhum sistema pode operar fora de seus limites. Contudo, evidencia-se que a autopoiese não representa, para Luhmann, o isolamento nem o solipsismo cognitivo do sistema, como seus críticos frequentemente supõe (LUHMANN, 1993, p. 55).

Para Luhmann, a autopoiese, então, consubstancia-se na dinâmica de um *sistema autopoietico operativamente fechado* (LUHMANN, 1993).

Autopoiesis não necessariamente pressupõe que o ambiente de um sistema é completamente desprovido dos tipos de operações pelas quais o sistema se reproduz. Com sistemas sociais, não há qualquer comunicação com o exterior do sistema social, qual seja a sociedade, por que é, concomitantemente o ambiente de todos os outros sistemas. O sistema social é o único que é necessariamente fechado, ou isolado, como explicitado (LUHMANN, 1998).

Essa situação, porém, não se sustenta por outro sistema social. Todos os sistemas comunicativos advindos da sociedade devem definir o seu modo de funcionamento específico ou determinar a sua identificação pela reflexão para ser capaz de regular qual o significado do sistema e, além disso, permitir a comunicação com o exterior (LUHMANN, 1998).

O fechamento operacional, então, permite as operações de autorreferência e autorreprodução do sistema, impedindo as influências externas que alterem a sua condição autopoietica como autônomo.

¹⁴ “É certo, então, que nenhum sistema pode surgir e se reproduzir em bases exclusivamente autoreferenciais. Nem mesmo quando o sistema é dotado da capacidade de auto-organização e de auto-observação. Se assim é, logo todas as autodescrições que pressupõem o que é lógica e sistemicamente impossível são errôneas” (LUHMANN, 1996).

Aqui, é importante destacar que o fechamento operacional não impede, ao contrário, favorece a abertura cognitiva.

Caso essa abertura também representasse uma fenda operacional, estar-se-ia diante do dinamismo da alopoiese, que significa “a (re)produção do sistema por critérios e códigos do seu meio ambiente. O respectivo sistema perde em significado a diferença entre sistema e meio ambiente” (NEVES, 1992, p. 287). Nesses termos, no contexto alopoiético, há uma interação intersistemas além daquelas que se originam no ambiente do próprio sistema.

A heteropoiese é a dinâmica resultante da comunicação entre o sistema e o ambiente, propiciada pela abertura cognitiva, e representa a demanda de conteúdo e de volume das relações havidas entre o conteúdo sistêmico e o seu exterior.

A heteroreferência trata-se de uma *re-entry* (reentrada) de uma informação distinta do exterior no sistema daquilo que foi distinto por ele próprio, a partir da diferenciação binária. Segundo Luhmann (2005, p. 27-29), a *re-entry* é um paradoxo velado, “pois ela trata distinções diferentes (sistema/ambiente, auto-referência/heteroreferência) como se fossem a mesma coisa”. Além disso, “na percepção do sistema desaparece a distinção entre o mundo como ele é e o mundo como ele é observado”.

Com a entrada da nova informação, a própria estrutura sistêmica aguarda e inicia o processo de esclarecimento pelas operações do sistema. Assim, “o sistema pressupõe-se a si mesmo como irritação autoproduzida” e passa a ocupar-se com a transformação de irritação em elemento interior para si mesmo na sociedade e para a sociedade. Nesse ponto, é “[...] por isso que a realidade de um sistema é sempre correlata às próprias operações, sempre uma construção própria” (LUHMANN, 2005, p. 29).

Evidencia-se que é por meio da delimitação da fronteira operacional construída do sistema, que reflete a diferença entre sistema e meio externo, que também ocorrem as delimitações no interior do sistema: “primeiro o sistema opera e dá continuidade às suas operações, por exemplo, estando apto a viver ou a comunicar, e depois usa internamente a *diferença* [dentro do sistema] produzida dessa forma

como *distinção* [externa] e, assim, como esquema das próprias observações” (LUHMANN, 2005, p. 29)¹⁵.

2.2.1.3 Fases de crises prejudiciais: corrupção do sistema e alopoiese

Dependendo do estágio de consolidação da estrutura sistêmica, a comunicação com o ambiente pode representar a perda da identidade do sistema, especificamente se não houve a formatação do mecanismo de fechamento operacional. Nesse caso, tais estruturas mantêm forte ligação com códigos externos e a eles recorrem quando da reprodução de seus elementos funcionais.

Tais sistemas operam por alopoiese, como ambiente fornecendo elementos operativos internos. A consequência da alopoiese não é só o enfraquecimento dos limites entre sistema e ambiente, mas, faticamente, o desaparecimento de tais limitações (NEVES, 2001).

Com o desaparecimento dos limites entre sistema e ambiente, a estrutura sistêmica torna-se incapaz de se desenvolver e evoluir a partir de seus próprios elementos e, assim, perde sua identidade.

Os sistemas alopoiéticos, desse modo, não possuem a atribuição de reinterpretar as informações ambientais com base em seus próprios códigos internos e, por isso, não podem ser considerados autônomos.

Por exemplo, por força da prevalência de outros códigos de preferência sobre o código direito/não direito, já que não se vê uma definição clara das fronteiras de uma esfera de juridicidade, pode-se verificar privilégios e exclusões ilegítimas à estrutura do sistema, o que caracteriza a alopoiese. Além de a hipertrofia do código ter/não ter (código econômico) atuar como óbice à reprodução sistêmica e autoconsistente do direito e de sua ineficiência social, mecanismos relacionais, familiares, referentes à amizade e ao poder privatizado sobrepoem-se de forma difusa ao sistema jurídico, heteronimizand-o-lhe a reprodução operativa e corrompendo sua autonomia como estruturação sistêmica (NEVES, 2013).

¹⁵ “Precisamos, portanto, distingui entre que é uma diferença e o que é uma distinção, e isso nos exige a determinação de uma referência sistêmica [...], isto é, a observação do observador que possa diferenciar a si mesmo daquele que ele observa” (LUHMANN, 2005, p. 29).

Assim, as operações jurídicas do direito podem ser contaminadas por critérios extrajurídicos que, incontavelmente, corrompem o processamento de casos jurídicos de acordo com critérios generalizados de constitucionalidade e legalidade, concretizados jurisdicional e administrativamente. Por isso, alerta Neves (2013, p. 14) que “[...] é ingênua a interpretação de que se trata aqui de uma ampla abertura cognitiva do direito aos interesses sociais”, já que, do ponto de vista sistêmico, abertura cognitiva pressupõe fechamento operacional ou normativo. Trata-se, em realidade, de quebra do fechamento operacional por onde se esfumaçam as fronteiras entre o sistema direito e outras esferas de comunicação. Como corolário, o direito sofre permanentes crises de identidade.

Tal panorama recebe a denominação de corrupção sistêmica e acarreta a generalização em experiências jurídicas típicas da modernidade periférica, atingindo o próprio princípio da diferenciação funcional e resultando, em sentido inverso, a especialização do sistema na alopoiese do direito. Assim, a evolução sistêmica é obstada (CADEMARTORI; BAGGENSTOSS, 2011).

Tendo em vista que a concretização jurídica é violada por variados códigos de preferências, as referências constitucionais e legais degradam-se em preferências particulares e em empecilhos advindos de outros critérios subsistêmicos. Além disso, seu desenvolvimento é estancado no decorrer do processo concretizador de significado¹⁶ em virtude da insuficiente força normativa dos enunciados normativos. O cerne da questão, portanto, não está na produção de textos normativos, mas na superação das variáveis desjuridicizantes que determinam a colonização do sistema jurídico pelo sistema social e por seus subsistemas (CADEMARTORI; BAGGENSTOSS, 2011).

2.3 O SUBSISTEMA JURÍDICO: DISTINÇÃO DO SISTEMA SOCIAL E EXPECTATIVA AO PROBLEMA ORDENATÓRIO

A complexidade da sociedade moderna é alinhavada com a preocupação fundamental de Luhmann: o problema da ordem social. É sob tal égide que se assenta o a construção teórica do subsistema direito.

¹⁶ Denominado “sentido” por Luhmann, explanado no tópico 2.4.

De acordo com a teoria luhmanniana, como o interesse da sociedade é a existência de comunicação, é inconcebível a ideia de um sujeito ou consciência coletiva e, por conseguinte, a possibilidade de um consenso fático entre os indivíduos como mecanismo de orientação social ou fundamento da sociedade. Isso porque, em face da seletividade da comunicação do sistema social, distinguiram-se os elementos que representavam a instituição das expectativas dos membros do seio social. Além disso, o comportamento social em um ambiente complexo e contingente “exige a realização de reduções que possibilitem expectativas comportamentais recíprocas e que são orientadas a partir das expectativas sobre tais expectativas” (LUHMANN, 1983, p. 109). Assim, segundo Luhmann (1983, p. 170): “o direito deve ser visto como uma estrutura cujos limites e cujas formas de seleção são definidos pelo sistema social”.

A complexidade tão elevada da sociedade apresentava algumas partes integrantes de sentido regulatório que tiveram de ser abandonadas: partes que estavam anteriormente desligadas do direito ou, como na experiência jurídica natural, permaneceram durante muito tempo ligadas ao direito. Esse abandono ocorreu por conta da diferenciação do direito (LUHMANN, 1980).

Como cada sistema só poderá ter conhecimento daquele setor que fica sob seu código particular e sua seletividade, a partir de um processo de diferenciação funcional e por sua evolução sociocultural, o direito autonomizou-se da Moral até se constituir em um sistema social, composto de comunicações de elementos normativos, cuja validade remete-se de modo recursivo a outras expectativas normativas (MADEIRA, 2007).

A par disso, Luhmann (1980) ensina que o direito, como expectativa das expectativas, cria uma segurança sobre o comportamento próprio e a previsibilidade do comportamento alheio, cuja função é, portanto, generalizar e estabilizar expectativas de condutas e regular conflitos mediante a constituição de procedimentos para fazê-lo.

Pela diferenciação do sistema jurídico, houve a separação de outros mecanismos sociais, sobretudo dos que garantiam a verdade de sentido e de uma moral social geral¹⁷. Em sequência, o direito torna-se

¹⁷ “Desde o século XVIII foi-se tornando cada vez mais evidente que se deve

desprovido de emanar juízo acerca da verdade pelo fato de a própria verdade ir sendo especificada no pensamento moderno como uma certeza intersubjetiva obrigatória, ou seja, como um determinado modo de transmissão de opiniões (LUHMANN, 1980).

Enquanto o direito permanecia sobredeterminado pela política e pelas representações morais estáticas, político-legitimadores, não dispondo exclusivamente de um código-diferença específico, a ordem política da camada social mais alta constituía-se autoreferencialmente. Já “o código-diferença “direito/não direito” pressupõe a superação da sociedade pré-moderna, diferenciada verticalmente, ou seja, conforme o princípio da estratificação” (NEVES, 2013, p. 80).

Além disso, o sistema jurídico só pode atingir uma complexidade elevada quando for aliviado de funções secundárias, como, por exemplo, de um fundamento religioso, de um regulamento pessoal de sentimento e “quando for talhado para a sua função específica do estabelecimento temporal, objetivo e social de estruturas generalizadas de expectativas” (LUHMANN, 1980, p. 122). Como corolário, o direito não pode ser classificado como verdadeiro ou falso: apenas como direito ou não direito.

Quando ocorre o alívio mencionado, evidencia-se que uma “estrutura de comportamento temporável estável, independente da situação e certa de consenso, pode ser adquirida também como um direito alterável” (LUHMANN, 1980, p. 122).

No raciocínio sistemático, então, a previsão do conflito está na própria estrutura das normas jurídicas, tendo em vista a existência das alternativas *cumprimento* e *descumprimento*. E é precisamente o conflito, o descumprimento, que reflete o efeito paradoxal de reforçar a expectativa normalizada, “pois desencadeia os mecanismos tendentes à imposição contrafática dessa expectativa” (AMADO, 2004, p. 30), aparecendo fortalecida em casos futuros.

É considerando, então, a inevitabilidade do conflito, advindo da incerteza e da complexidade da sociedade moderna, que Luhmann tece

distinguir entre direito e moral. A distinção fundamentava-se e fundamenta, predominantemente, por referência a mecanismos especiais de sanção do direito; contudo ela reflete, simultaneamente, a forma especial da origem do direito e que consiste em que mesmo as expectativas para alcançar a validade do direito têm de ser filtradas e legalizadas através dum processo de decisão” (LUHMANN, 1980, p. 122).

a estrutura do sistema jurídico com a generalização de expectativas (AMADO, 2004).

Por tais razões, o direito não é um sistema meramente normativo, mas um alívio para as expectativas, que consiste na existência de caminhos generalizados em forma de uma eficiente indiferença inofensiva contra as outras possibilidades, que reduz consideravelmente o risco da expectativa contrafática. Assim, a consubstanciação dos fins do direito dá-se na sua eficiência seletiva acerca de expectativas comportamentais que possam ser generalizadas nas dimensões temporal, social e prática. É essa excelência na seletividade que é a variável evolutiva do direito, pois é a reação às modificações do sistema social ao longo do desenvolvimento histórico. Por isso, o sistema jurídico é uma das bases necessárias para a evolução social (LUHMANN, 1980).

É assim, então, que a função da estrutura jurídica reside na redução da complexidade das variantes possíveis de comportamento dos indivíduos. Isso exige que, nos procedimentos estruturados pelo direito, suas normas não possam ser alteradas: antes deve ser pressuposto como invariável. Tal irrevogabilidade e indisponibilidade constituem, inicialmente, o próprio sentido do direito pela sua função. Assim, é incabível a defesa de um direito totalmente alterável (LUHMANN, 1980).

2.3.1 A positividade do direito

Segundo Luhmann (1983, p. 238), “a positividade do direito pode ser concebida como a seletividade intensificada do direito”. Diante do dinamismo de ação e experiência do sistema social, amplia-se o horizonte das possibilidades a serem previstas pelo direito e, dessa forma, o que se tinha como uma ordem constante no mundo passa a ser considerado como escolha do sistema jurídico.

Uma mudança na estrutura do entorno e do próprio sistema torna tal decisão de inserção de um elemento no sistema jurídico como o princípio do direito, cuja positividade resulta do desenvolvimento social e correlaciona-se com um complexo social que apresenta uma “superabundância de possibilidades através da diferenciação funcional, apresentando por isso a tendência de fazer com que todo o direito pareça contingente” (LUHMANN, 1983, p. 238).

Desse modo, a partir de uma decisão – legislativa ou judicial –, então, o direito positivo forma-se pelo conjunto de normas jurídicas que entraram em vigor por tal determinação estatal. Em razão da dinâmica mencionada, o direito positivo, ainda, segundo a teoria em estudo, apresenta o caráter de mutabilidade, ou seja, as normas contidas em tal sistema podem ser revogadas¹⁸.

Ingressando no sistema jurídico, considerando o caráter autopoietico, todas as justificações operativas são dadas em seu interior e sua operatividade deve-se às operações de código binárias, que estabelecem a diferença entre o direito e o não direito. Segundo Luhmann, não existem critérios externos de validade, nem reais nem hipotéticos do direito: o próprio direito é que se autoestabelece e se autolegitima internamente como normatividade jurídica. A positividade¹⁹, consoante referido, portanto, não é mais que a referência autopoietica do sistema (NEVES; SAMIOS, 1997)²⁰.

¹⁸ “Esta definição tem de ser lida cuidadosamente a fim de se evitarem mal-entendidos. Ela não contém uma limitação a determinados tipos de decisão mais ou menos no sentido de que apenas os atos legislativos podem estabelecer o direito positivo. Também as sentenças judiciais, por exemplo, constituem decisões neste sentido, na medida em que exercem uma ação normativa. Não se diz mais nada sobre os motivos da decisão. Todavia esses motivos são necessários e estão sujeitos ao controle social. O direito positivo não pode de forma alguma ser compreendido como um regulamento arbitrário. O estabelecimento do direito está muito mais dependente, como toda a decisão, por exemplo, de premissas de decisão, de acordo com um valor, premissas que se pressupõe que já existam socialmente. A particularidade do direito positivo consiste apenas em que também estas premissas de estabelecimento do direito só podem ser pressupostas como direito válido, quando se tiver tomado uma decisão sobre elas. A positivação do direito significa, portanto, que todos os valores sociais, normas e expectativas de comportamento têm de ser filtrado através de processos de decisão, antes de poderem conseguir validade legal” (LUHMANN, 1980, p. 119, nota de rodapé 2).

¹⁹ “Existem, naturalmente, as restrições práticas desta complexidade, dependendo daquilo que os processos têm possibilidade de compreender e reduzir”. Ainda, “com a positivação absoluta do direito atingiu-se um novo plano de funcionamento da sociedade mais completo e rico em alternativas seguindo as suas próprias condições de estabilidade e que não é compatível em detalhe como direito anterior, apesar de toda a continuidade de normas e formas de pensamento. Pode compreender-se, não por puro acaso, a nova situação, com

Nesse sentido, a disposição do código-diferença direito/não direito conduz ao fechamento operacional²¹, razão pela qual Luhmann promove a correspondência da positividade com o fechamento operacional, eis que a diferença entre expectativas normativas e expectativas cognitivas é utilizada para relacionar fechamento da autoprodução recursiva e a abertura ao ambiente (NEVES, 2013). Por isso, repisa-se, o direito constitui, um sistema normativamente fechado, mas cognitivamente aberto.

Nas palavras de Neves (2013, p. 81), “a qualidade normativa serve à autopoiese do sistema, à sua autocontinuação diferenciada do ambiente”. Enquanto isso, “a qualidade cognitiva serve à concordância desse processo com o ambiente do sistema”.

as mesmas categorias de sistema que nos servem para a caracterização do procedimento como sistema” (LUHMANN, 1980, p. 121).

²⁰ Por oportuno: “A positividade do direito é concebida inicialmente na obra de Luhmann sobretudo em termos de decidibilidade e alterabilidade do sistema jurídico. Isso deu ensejo à crítica de Habermas no sentido de caracterizar a concepção luhmanniana como decisionista. Porém, com o tempo, o aspecto da autonomia operacional do direito, especialmente em face da política, foi ganhando cada vez mais significado na teoria de Luhmann, de tal maneira que perdeu qualquer fundamentação reduzir a sua noção de positividade a uma fórmula decisionista. [...] assim sendo, sugere-se uma nova formulação conceitual do problema que é abordado no âmbito semântico da expressão ‘positividade’. Trata-se, a rigor, de uma rearticulação do conceito, de acordo com o qual se enfatiza que o aspecto de decidibilidade fica subordinado à dimensão do fechamento ou autonomia operacional. A positividade significa que a decisão, mesmo se vier a alterar radicalmente o direito, receberá o seu significado normativo do próprio sistema jurídico. Nessa perspectiva, a noção de autopoiese (autorreferência, autonomia ou fechamento operacional, ‘autodeterminidade’) do direito passa a constituir o cerne do conceito de positividade” (NEVES, 2013, p. 79-80).

²¹ “É de observar-se que “a vigência do código lícito/ilícito, diferença-guia da reprodução autopoietica do direito conforme Luhmann, é também independente de uma “norma fundamental” (Kelsen) ou de uma “regra de conhecimento” (Hart). Cumpre advertir igualmente que o conceito kelseniano de autoprodução do direito permanece no nível estrutural hierárquico do ordenamento normativo-jurídico. Portanto, ao contrário do que propõe Ost, não cabe vinculá-lo ao paradigma autopoietico, que se refere primariamente ao nível operacional e à circularidade da reprodução do direito” (NEVES, 2013, p. 84, nota de rodapé 22).

Em razão de sua positividade, o sistema jurídico assimila, com base em seus próprios critérios, os fatores do ambiente ou de outros sistemas, mesmo que não seja diretamente influenciado por esses fatores. Assim, as expectativas normativas não devem ser determinadas por interesses econômicos ou políticos, representações éticas ou religiosas, pois depende de processos seletivos de filtragem conceitual no interior do sistema jurídico (NEVES, 2013).

Contudo, o fechamento operacional pela positividade não é óbice para a aprendizagem do sistema, em sua dimensão cognitivamente aberta, considerando que sua estrutura deve possibilitar que o direito se altere para adaptar-se ao ambiente complexo e célere. Mas isso ocorre quando há incorporação pelo sistema da informação do exterior, o que é feito de acordo com os critérios do sistema jurídico. A alterabilidade do direito, então, é fortalecida, e não negada, como seria se o sistema apresentasse a um fechamento indiferente ao ambiente. Entretanto, as alterações no sistema ocorrem de acordo com os critérios sistêmicos específicos de uma estrutura habilitada ao aprendizado sensível ao ambiente, e à autorreprodução (NEVES, 2013).

Como as operações se reproduzem sem influência externa (a não ser pela assimilação seletiva de fatores do entorno, de acordo com os critérios do próprio sistema jurídico), o sistema jurídico estabiliza-se e sua validação dá-se recursivamente, por seus próprios códigos normativos. Em outras palavras, a reprodução do direito posto ocorre conforme seus próprios critérios e códigos de preferência (NEVES; SAMIOS, 1997).

A codificação, dessa maneira, é essencial para que exista uma separação entre o direito e os aspectos morais ou políticos, tendo em vista que é a partir dos procedimentos eleitoral, legislativo e judicial do Estado de direito que ocorrem a filtragem e a imunização do sistema jurídico quanto às influências contraditórias do entorno - como a diversidade de expectativas, interesses e valores da sociedade moderna.

Em virtude disso, é possível um dissenso entre o direito e outros códigos. Essa possibilidade torna os procedimentos democráticos do Estado de direito (que implicam o princípio da legalidade²²) uma

²² Um importante paradoxo na teoria luhmanniana refere-se à formação do direito: consubstancia-se pela verificação simultânea do código direito e não direito e sua positividade, tendo em vista que o direito somente o é devido à possibilidade de conter um sentido diferente. Frente ao paradoxo estrutural do

exigência sistêmico-funcional e uma imposição ética da sociedade complexa atual (NEVES, 2013), a ser balizada pela atuação do sujeito operador do sistema jurídico.

2.3.2 Alteração do direito perante a complexidade social

Em que pese a defesa de um direito totalmente inalterado, deve-se permitir a alteração do direito em situações previstas. Explica-se: a invariabilidade como critério do direito só se pode legalizar relativamente poucas expectativas de comportamento, o que pode ser conseguido em sociedades relativamente estáticas. Contudo, o aumento da complexidade no desenvolvimento civilizacional, juntamente com a variabilidade das condições naturais, psíquicas e sociais de vida (um processo em que a complexidade crescente da própria sociedade e do seu direito constituem uma causa predominante e concorrente), “torna-se cada vez mais inadequada uma estrutura jurídica rígida”. Por conseguinte, “aumenta a necessidade de conferir também a essas expectativas as qualidades jurídicas, tão efetivas, de ordem técnica, que são, evidentemente, novas e têm, necessariamente, de ser alteradas” (LUHMANN, 1980, p. 121).

Diante disso, altera-se o sentido do direito, pois é “obrigado a já não excluir a variabilidade, mas sim a absorvê-la” (LUHMANN, 1980, p. 121).

Com o aumento da complexidade objetiva e temporal do direito, aumenta também o número de expectativas legítimas e as possibilidades de promover as alterações. Por conseguinte, a complexidade e a variabilidade do direito permitem a extensão do direito a toda a sociedade e, como estrutura de tal, o sistema jurídico “ele não deve limitar o mundo que a sociedade pode ter – e, se o fizer, então apenas mediante decisão a ser revista”. Deve constituir um direito adequado, em que novos problemas sejam previstos, e “as conjunturas se apresentem como carecendo de estabilização” (LUHMANN, 1980).

Nesse panorama, deve-se esclarecer que o sistema social, em seu dinamismo de evolução complexa, reestrutura-se com a formação

direito, a legalidade é a única legitimidade, de que se verifica o paradoxo da validade ou constituição do direito: o direito positivo tem validade porque ele poderia ser modificado através de uma decisão jurídica, qual seja, baseada no próprio sistema jurídico (LUHMANN, 2005, p. 84).

de sistemas parciais funcionalmente específicos, o que acarreta a variedade e a hiperprodução de possibilidades de experimentação e de ação e, também, de projetos normativos nos sistemas parciais (LUHMANN, 1983).

Assim, há o desenvolvimento de uma seletividade, o qual atinge o sistema jurídico pela diferenciação dos sistemas especiais de interação, particulares do direito, que passam a ser “sustentáculos sociais, crescentemente autônomos, das decisões jurídicas imperativas” (LUHMANN, 1983, p. 175). Por consequência, o próprio sistema normativo é “autonomizado ao nível da sociedade através da crescente separação entre expectativas cognitivas e normativas” (LUHMANN, 1983, p. 175).

Essas três etapas referem-se às diferentes dimensões da formação do direito:

O centro de gravidade da superprodução de possibilidades localiza-se no nível normativo, ou seja, na dimensão temporal. O mecanismo da institucionalização atua como fator de seleção, selecionando entre as novas expectativas aquelas para as quais pode ser suposto consenso por parte de terceiros. A estabilização efetua-se por meio da fixação do sentido capaz de ser transmitido através da linguagem e que pode ser inserido e mantido no contexto das definições de sentido do direito (LUHMANN, 1983, p. 175-176).

Dessa forma, é fundamento dos mecanismos em desenvolvimento a complexidade social, em uma relação em que “eles fornecem contribuições distintas, mas complementares, para a adaptação estrutural e processual da sociedade à maior complexidade” (LUHMANN, 1983, p. 176).

Tal dinâmica promove a manutenção das expectativas comportamentais normativas diante da crescente complexidade da sociedade e, como estão entrelaçados entre si e com as demais estruturas importantes do sistema da sociedade, significa que a configuração dos aspectos normativos, institucionais e de sentido objetivo ocorre sempre em referência ao desenvolvimento e às outras dimensões, e não de modo indiscriminado (LUHMANN, 1983).

É por isso que, para a manutenção da hipercomplexidade no sistema jurídico e para a estabilização das formas processuais de solução de conflitos, o próprio sentido geral do direito deve corresponder às crescentes exigências e se submeter a mudanças contingenciais (LUHMANN, 1983), tal como se verifica na cronologia dos processos históricos e das práticas sociais.

2.3.3 A formação do sistema jurídico no Estado Democrático de direito a partir do desenvolvimento da sociedade moderna: heteropoiese social, política e econômica

Tendo em vista que a Teoria dos Sistemas examina, como ponto de partida, a funcionalidade da sociedade complexa, é importante uma breve análise histórico-jurídica da formação dos sistemas social atual e do direito contemporâneo para visualizar o dinamismo de formação do sistema jurídico e do sistema político.

Quando uma sociedade positiva o seu direito, deve promover “por si própria a redução da complexidade, através do seu sistema político”. A sociedade, assim, assume a responsabilidade por sua estrutura sistêmica e deve estabelecer as probabilidades de comportamento e decidir o que deve ser válido – o que faz com que as certezas, ligadas ao ambiente, devem ser substituídas por certezas imanentes ao sistema. Deve-se, do mesmo modo, aceitar na sua trama de constituição, “riscos elevados, tolerar incertezas, permitir a falta de consenso e poder reelaborar tudo isto sozinha com a sua atuação” (LUHMANN, 1980, p. 123). Deve, igualmente,

[...] aceitar contradições e conflitos em vez de os rejeitar categoricamente como conflitos de valores, de programas ou de papéis, regulá-los e decidi-los. Tem de arrancar ao velho *nomos* do mundo a sua problemática e reformulá-la em problemas necessitando decisão e possíveis de resolução, portanto deslocar problemas de fora para dentro para mobilizar alternativas e poder encontrar soluções bem integráveis” (LUHMANN, 1980, p. 123).

Se, nessa tarefa, for inviável a tomada de uma decisão consensual sobre as soluções de problemas, então, ao menos, deve-se acordar “quanto aos processos jurídicos mediante os quais os problemas, surgidos em cada caso, são levados a uma decisão” (LUHMANN, 1980, p. 124)²³.

Para tanto, inicialmente, deve-se ter noção de que, em uma sociedade complexa e diferenciada como é a atual, antigas instituições e mecanismos não podem ser substituídos por um único sucessor – assim, “o objeto dos regulamentos dos processos não pode consistir apenas em garantir a estabilidade de normas jurídicas mais positivas e propostas para decisão” (LUHMANN, 1980, p. 124).

A regulamentação dos processos deve considerar, então, as transformações do direito como consequência de transformações de várias ordens, já que “nenhum direito no mundo pode garantir a sua própria permanência e excluir outras possibilidades de evolução” (LUHMANN, 1980, p. 124, nota de rodapé 12).

Isso se deve ao fato de que os sistemas complexos estão comprometidos pela reconstituição da sua própria história (LUHMANN, 1980), conforme será visto a seguir.

2.3.3.1 Estado de Direito

Até a Idade Moderna, o Estado Absoluto detinha um poder restrito “às possibilidades de conquista e coação, de confiscação e recrutamento e era praticamente impotente quando se tratava duma modificação da realidade social de acordo com uma finalidade” (LUHMANN, 1980, p. 120).

²³ “Tudo isso sugere o pensamento de equilibrar a *perda do direito natural mediante o direito processual*. Não é certamente por acaso que começa a surgir um novo tipo de confiança no procedimento judicialmente regulamentado no mesmo período de tempo em que o direito natural fracassa na sua última manifestação, o direito lógico, portanto como se à confiança em decadência no direito se sucedesse uma nova compreensão mediante as garantias do processo. A teoria clássica de processo, orientada para a verdade, resultou, portanto, desta situação. Ela era compreendida, por assim dizer, como a segunda melhor solução: quando a legitimidade e a verdade não se evidenciam diretamente a partir da natureza das coisas, têm de se inventar caminho para se aproximar o mais possível delas” (LUHMANN, 1980, p. 124).

Naquela época, as estruturas sociais eram simplórias, os modelos comportamentais eram determinados pelo soberano e “o potencial de comunicação das instâncias de decisão demasiado pequeno de acordo com *input* e *output*” (LUHMANN, 1980, p. 120) – o que tornava inviável o estabelecimento de um direito positivo como instrumento variável das alterações sociais.

Com as novas demandas sociais e políticas da classe burguesa, que se fortaleciam à época, o poder absoluto do príncipe, livre de compromisso com leis, tornou-se obstáculo aos interesses econômicos e políticos de tal classe. Daí que o direito se mostra como a forma de reação aos inconvenientes políticos, a fim de limitar as atividades do Estado e esclarecer os males advindos de má administração e de mau governo (LUHMANN, 1996).

Em resposta ao poder reinante de um Estado Absoluto, formata-se o Estado de direito, consubstanciado com a instituição das primeiras constituições escritas: a Constituição de Virgínia, dos Estados Unidos da América, em 1787, e a Constituição Francesa, de 1789 – não obstante a Inglaterra já no século XIII, revelar uma inclinação para o formato do Estado Liberal.

A Declaração de Direitos de Virgínia, inspirada pelos ideais iluministas, como o contratualismo e o respeito aos direitos individuais, é fruto da Revolução Americana, em que a sua burguesia, inconformada com leis rigorosas da corte inglesa, reagiu e organizou seu processo de independência, cuja declaração formal deu-se em 4 de julho de 1776.

A Revolução Americana, assim, assentou-se na ideia medieval de que, ao soberano (no caso, o Parlamento londrino), não é lícito violar o direito. Por consequência, considerando o entendimento de que o Parlamento refletia a representação popular, foi necessário “distinguir entre o povo como corpo coletivo e o povo como corpo representativo” (LUHMANN, 1996).

Por ocasião da formulação do texto constitucional para os Estados Unidos da América, indagou-se a possibilidade e o modo de um “texto jurídico pode se encarregar do problema, ao lhe dar uma forma constitucional e ao destitui-lo de qualquer violência” (LUHMANN, 1996) do soberano.

Como o direito de resistência do povo contra o Parlamento transformou-se em um ordenamento jurídico que excluiu tal possibilidade para os casos futuros. Além disso, são reavaliados o

conceito de soberania e o molde dos direitos individuais com as garantias vinculadas à separação de poderes, seguindo a nova concepção de soberania absoluta (LUHMANN, 1996).

A Revolução Francesa, por sua vez, foi iniciada em 1787, pelo inconformismo da burguesia francesa diante da estagnação das classes sociais, dos privilégios exclusivos dos da nobreza e do clero, da crise financeira, agrícola e industrial e pela conscientização dos seus interesses e de sua importância perante o Estado francês. Dois anos depois, em agosto de 1789, a Assembleia Nacional Constituinte proclamou a Declaração dos direitos do Homem e do Cidadão (BOBBIO, 2004).

Por conta de tais peculiaridades, o Estado de Direito é conhecido como Estado Liberal de Direito, e suas premissas fundamentais são a submissão ao império da lei, a divisão de poderes e o enunciado dos direitos fundamentais e suas garantias. Assim apesar de não exibir, como outrora um poder estatal dominador de todos os setores da vida privada de cada indivíduo, ainda é o Estado caracterizado pela autoridade²⁴ soberana na sociedade. Entretanto, é

²⁴ O termo autoridade, na tradição cultural do Ocidente, desde que os romanos cunharam a palavra *auctoritas*, tem sido mencionado em estreita conexão com a ideia de poder e, assim, é utilizado com diversos significados e correlações. Segundo Bobbio e Friedrich, a autoridade não representa um vínculo entre as pessoas, mas sim em uma espécie de qualidade da interação comunicativa entre elas. Essa qualidade consiste no fato de a comunicação ser susceptível de uma elaboração racional em termos dos valores aceitos por aqueles entre os quais tramita a mensagem. É a qualidade das comunicações, portanto, que as torna "merecedoras de aceitação aos olhos daqueles a quem são dirigidas" (BOBBIO, 1998, p. 91). Portanto, considerando a elaboração racional das comunicações na interação humana, tem-se, neste trabalho, a noção de que a autoridade não é uma espécie de relação de poder, mas sim uma fonte de poder advinda da comunicação entre as pessoas. Para tanto, deve-se destacar a adoção, como se verá adiante, do paradigma de intersubjetividade. Ainda: "A Autoridade, tal como poder estável, continuativo no tempo, a que os subordinados prestam, pelo menos dentro de certos limites, uma obediência incondicional, constitui um dos fenômenos sociais mais difusos e relevantes que pode encontrar o as relações de poder mais duráveis e importantes são, em maior ou menor grau, relações de Autoridade: o poder dos pais sobre os filhos na família, o do mestre sobre os alunos na escola, o poder do chefe de uma igreja sobre os fiéis, o poder de um empresário sobre os trabalhadores, o de um chefe militar sobre os

uma soberania limitada pela instituição dos direitos individuais, ou de primeira dimensão.

Esses direitos, por postularem a abstenção dos governantes na esfera particular de cada indivíduo, ocasionam a inversão do pensamento tradicional existente entre Estado e cidadão, em que o interesse do Estado era considerado superior ao do indivíduo. Nesse período, o cidadão primeiro tem direitos e, após, deveres perante o Estado; enquanto a autoridade estatal, em primeiro plano, tem dever (de abstenção) e, depois, direitos.

Na compreensão de Luhmann (1996), as tradições política e jurídica se confundem nas revoluções referidas. Isso porque formaram uma Constituição e, em tal senda, *constitution* representa “um texto jurídico que simultaneamente fixe a constituição política de um Estado”. As definições jurídica e política “interpenetram-se no momento em que se tem que lidar com uma nova fixação jurídica da ordem política e considera-se a ordem política como ordenamento jurídico” (LUHMANN, 1996)²⁵.

Com tal nova denotação, a Constituição “rompe com o paradigma semântico emergente na transição para a época moderna, no âmbito do qual a Constituição era conceituada como carta de liberdade ou pacto de poder”. Em contraposição ao caráter apenas “modificador do poder”, “pontual” e “particular” dos pactos de poder, surge, nos quadros das revoluções burguesas do século XVIII, o constitucionalismo moderno, cuja “semântica aponta tanto para o sentido normativo quanto para a função ‘constituente de poder’, ‘abrangente’ e ‘universal’ da Constituição” (NEVES, 2013, p. 95-96).

soldados, o poder do Governo sobre os cidadãos de um Estado. A estrutura de base de qualquer tipo de organização, desde a de um campo de concentração à organização de uma associação cultural, é formada, em fundamental de um sistema político tomado como um todo, por relações de Autoridade” (BOBBIO, 1998, p. 89). Cf. FRIEDRICH, Carl J. **Tradição e autoridade em ciência política**. São Paulo: Zahar, 1974.

²⁵ “Especificamente referente à América, o fato de que até o final do século XVIII não existia no plano local outra administração que não fossem os tribunais, assim se justificando a distinção entre *judge* e *jury* (o que explica o grande interesse pelos *juries*), mas não a distinção entre política e direito ou entre administração e jurisdição” (LUHMANN, 1996).

Na semântica moderna, a Constituição firma-se como uma limitação jurídica ao poder do sistema político, de modo a obstacularizar a atuação de qualquer regime arbitrário. Dessa forma, a Constituição é concebida, apenas, como um ato declaratório de princípios político-jurídicos fundamentais inerentes à pessoa humana, mas principalmente de um limitador, mesmo que não suficiente, de arbitrariedades estatais a partir da positivação de direitos conquistados historicamente (NEVES, 2013).

2.3.3.2 Estado Social de Direito

A intervenção mínima do Estado na sociedade provocou, em uma macrovisão, imensas injustiças, e os movimentos sociais, desvelando a insuficiência das liberdades burguesas, permitiram que se tivesse consciência da necessidade da justiça social. Passaram a ser reivindicados, a partir desse pensamento, prestações positivas do Estado: é a compreensão de que deve providenciar recursos mínimos para que a sociedade supere as angústias estruturais trazidas pelo Estado Liberal. O Estado, então, passa a agir de modo sistemático sobre o processo econômico e a assunção pelos poderes públicos de novos programas de ação. Institucionalizam-se, então, na linha dos direitos fundamentais, os direitos de segunda dimensão: são os direitos ligados aos setores sociais e econômicos da sociedade.

O México é a primeira sociedade política a ostentar o rol das garantias constitucionais para a proteção do ser humano, no sentido de coletividade, e a primeira a garantir os direitos sociais dos trabalhadores na Constituição promulgada em 31 de janeiro de 1917. O pioneirismo do México é resultado dos sofrimentos suportados pela sociedade no início do século XX. A sociedade mexicana conscientizou-se das injustiças que padecia com as ações/omissões do governo, que se traduziam na miséria humana, na insatisfação popular, no analfabetismo, no desrespeito aos costumes dos povos indígenas - motivos ensejadores da Revolução Mexicana em 1910.

A Constituição do México de 1917, precedendo a Constituição de Weimar, da Alemanha, marcou o início do Estado Social e repercutiu favoravelmente no solo europeu, influenciando-o (CORRÊA, 1983). Esse texto constitucional estabelece, então, o direito de se exigir prestações positivas do Estado. Assim o Estado Social não é apenas

membro dissociável do Estado do direito, mas é o mecanismo do próprio Estado.

Percebe-se um movimento de expansão do poder estatal, o que outrora havia sido retraído pelo Estado de direito. Nesse sentido, o Estado Social, também denominado de Estado de Bem-Estar Social, é produto da evolução do sistema político na sociedade moderna (LUHMANN, 2002).

Nessa referida transmutação da sociedade estamental para a sociedade diferenciada, o sistema político surge como um sistema que objetiva a inclusão de amplos segmentos da população em sua funcionalidade lógica, razão pela qual “o Estado de Bem Estar é a realização da inclusão política” (LUHMANN, 2002, p. 49).

Considerando que configuração de Estado Social representa a tal inclusão por meio de compensação política pelas desigualdades individuais e sociais originadas um determinado sistema de vida. A percepção luhmanniana a propósito de tal Estado é que resulta de três processos sociais conjugados, quais sejam (a) o dinamismo das transformações no entorno provocadas pela sociedade industrial, cuja regulação somente é possível recorrendo a meios políticos; (b) os custos crescentes do Estado Social, referentes aos custos de financiamento e à tecnologia cada vez mais reduzidos em relação aos outros sistemas; (c) a modificação da situação motivacional das pessoas provocada pelas transformações da sociedade moderna (indústria, garantias políticas de bem-estar, educação escolar, meios massivos e a indústria cultural) (LUHMANN, 2002).

Diante dos processos sociais atuais, a semântica do bem-estar torna-se cada vez mais imprecisa e menos delimitada. A compensação se reproduz e cada vez que se estende às más condições sociais que merecem atenção política.

Aqui, então, Luhmann (1996) aponta o dissenso da atualidade, representado pela divergência entre a primazia funcional que o sistema político pretende adquirir e o grau de evolução social. Em tal contexto, questionam-se pelas condições do sistema político que levam a que o projeto de bem-estar seja capaz de reduzir a complexidade do entorno.

Como a história do sistema político dá conta da crescente pretensão de incorporar segmentos de população cada vez mais amplos, a meta política do bem-estar é somente definível a partir de operações autorreferenciais do sistema político.

Nesse sentido, Luhmann denuncia que o modelo social de Estado é dirigido a operações e relações autorreferenciais pouco eficientes, o que limita a capacidade do sistema à redução da complexidade do entorno. Assim, o problema político remete-se a outros sistemas funcionais para explicar a crise do Estado Social, eis que as próprias operações tornaram-se inadequadas para a compreensão de seu estado.

Dentre os mecanismos autorreferenciais ineficientes do sistema político contemporâneo explicitados por Luhmann, destacam-se: (a) a codificação do sistema político, qual seja, o código operante de tal estrutura o qual vem transcendendo o binômio progressista-conservador e, assim, representa a oposição entre mudança e manutenção das estruturas do sistema social. No entanto, o código é insuficiente para acompanhar a dinâmica da sociedade, visto que, em uma sociedade dinâmica, pode ocorrer a reduplicação do código, em que para ser conservador pode ser necessário que algumas coisas mudem e para ser progressista pode ser pertinente manter algumas estruturas. Mas, esse modo de observação é deficitário porque somente permite avaliar a política em meros termos de oposição ou governo – o que acarreta crise de representação ou de despolitização, as quais são representativas para Luhmann no que se refere ao Estado Social; (b) a função do sistema político, a qual “provocou a diferenciação do sistema político, pode se caracterizar como a capacidade de impor decisões vinculantes” (LUHMANN, 2002), o que, por sua vez, são decisões que afetam tanto os que as tomam como os seus destinatários.

Como o sistema político assumiu a responsabilidade pelos processos econômicos, responsabilidade política pelos conteúdos educativos e garantias políticas para o funcionamento do sistema econômico. E a estrutura política somente pode honrar as prestações aos subsistemas que podem tomar decisões vinculantes, ou seja, que disponham de mecanismos efetivos para o desempenho de suas operações, caso contrário as prestações políticas sobrecarregariam o sistema político. É aí que Luhmann entende que o Estado Social tem sido responsável por essa tendência ao aumento das prestações, mas que tais não são a problemática geradora da sobrecarga do sistema, mas sim as condições que contribuem ao aumento das prestações (LUHMANN, 2002).

2.3.3.3 Estado Democrático de Direito

Na concepção luhmanniana, o Estado Democrático de Direito e as Constituições que o fundam são resultado de aquisições evolutivas tanto do sistema jurídico como do sistema político.

De um lado, tem-se a manutenção da estrutura do Estado de direito, em que a ordem jurídica prescreve deveres, ônus e responsabilidades dos indivíduos e organizações perante o Estado; por outro, tem-se a aquisição do Estado Social, que lhe atribuiu direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos. Vinculado a tal estrutura jurídica, o sistema político resta acoplado ao direito, o qual serve à delimitação e ao controle de poder (NEVES, 2013).

Nesse sentido,

A inserção do código de preferência ‘lícito-ilícito’ como segundo código do poder, no Estado de direito, conduz a uma relação sinalagmática entre sistemas político e jurídico. Se, de um lado, o direito é posto basicamente por decisões políticas, de outro a diferença entre lícito e ilícito passa a ser relevantes para os órgãos políticos supremos, inclusive para os procedimentos eleitorais de sua escolha (NEVES, 2013, p. 90).

Sob o prisma histórico dessa espécie de Estado, a democracia surge como papel de revitalização da segurança fundando-se como garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana. Na noção de Estado Democrático, fundado no princípio de soberania popular, tem-se a imposição da participação efetiva e operante do povo na coisa pública, participação que não se exaure na simples formação das instituições representativas, que constituem um estágio da evolução do Estado democrático - mas não o seu completo desenvolvimento.

O Estado democrático é, então, concebido com a finalidade de suprir essas falhas com a efetiva incorporação de todo o povo nos mecanismos de decisões e de sua real participação nos rendimentos da produção, em que o objetivo é superar a estrutura estamental proposta pelo Estado de direito, inserindo, na sua estrutura, a participação popular, visando à sua legitimidade.

Nessa direção, na compreensão luhmanniana, a percepção de uma sociedade que, em sua totalidade, representa um sistema político onicompreensivo, é o resíduo de uma concepção arcaica, que deve ser substituída à análise de diferenciadas perspectivas sistêmicas, devendo-se, assim, considerar a atual diferenciação funcional dos sistemas e subsistemas sociais (COSTA, 2010).

Isso porque não existe um povo unitário, titular de um poder unívoco. O poder do povo é, sim, fragmentado e difuso entre uma pluralidade social que acarreta um processo decisional complexo²⁶, o que caracteriza a sociedade complexa.

2.3.4 A estrutura sistêmica do sistema jurídico contemporâneo pela Constituição, direitos fundamentais, poderes judiciário e legislativo e o modelo luhmanniano de argumentação jurídica

O sistema jurídico luhmanniano, frente às alterações históricas das mais diversas ordens (política, social, jurídica, econômica), compõe-se, atualmente, de elementos sistêmicos necessários à correspondência da complexidade do sistema social, de modo que apresenta a Constituição como estrutura limitadora do sistema político e garantidora dos direitos fundamentais e instituidora da divisão de poderes e do processo eleitoral de representação.

2.3.4.1 Acoplamento estrutural: a Constituição

De acordo com a teoria luhmanniana, a Constituição é um acoplamento estrutural, consistente em uma estrutura em comum entre dois sistemas (o sistema jurídico e o sistema político) e um produto da diferenciação funcional entre direito e Política e aquisição evolutiva

²⁶ “É a contínua ‘contratação’ e interação entre os diversos grupos e as diversas forças sociais, é o conflito entre interesses em competição que determina a distribuição do poder e o funcionamento do sistema político. A democracia não é o poder de um demos unitário: é a interação entre grupos e poderes diversos, é uma poliarquia; e é precisamente a substância poliárquica da democracia que a torna compatível com a liberdade (...). Não existe um ‘povo que quer’: a democracia poliárquica é, como escreve Dahl com uma fórmula eficaz, não tanto o governo da maioria, quanto o governo das minorias” (COSTA, 2012, p. 263-264).

histórica dos contextos das mais diversas ordens do entorno – política, econômica, jurídica, social – as quais interferiram em ambos os sistemas.

O formato da Constituição é uma reação à diferenciação entre direito e Política, ou seja, “à total separação de ambos os sistemas de funções e à consequente necessidade de uma religação entre eles” (LUHMANN, 1996).

Em tal compasso, o acoplamento estrutural é a base que fornece quais são e como ocorrem as *dependências* do sistema em relação ao ambiente, ou seja, como esses vínculos necessários se compatibilizam com a autorreprodução do sistema. Isso não quer dizer que o ambiente determina as operações do sistema, ele apenas produz perturbações ou interferências ou, ainda, ruídos (sem qualquer pressuposto causal) que só são reconhecidas porque o próprio sistema processa essas informações com operações que lhe são próprias (LUHMANN; DE GIORGI, 1994).

Segundo Luhmann (1996), o sistema político reconhece os problemas de autorreferenciabilidade que também interferem no sistema jurídico²⁷, e a Constituição, por isso, tem a função de normatizar a influência política sobre o direito como prática contínua de negação das práticas legislativas arbitrárias e de limitá-la a essa forma.

²⁷ “Na fórmula da soberania se expressa uma tautologia: eu decido como decido. Se se acrescenta uma negação emerge um paradoxo: eu decido sem vínculos com efeitos vinculantes para todos inclusive também para mim mesmo a partir do momento em que faço parte do sistema: eu me vinculo e me desvinculo. Além do mais é evidente que esse ‘privilégio’ só pode ser praticado em um lugar, ou seja, apenas em operações específicas. O sistema soberano requer o soberano - ainda que esse seja o ‘povo’. No sistema, o decidir soberanamente é não apenas respeitado e dotado de poder de ação, mas também observado. Sob esse aspecto, a soberania define não mais o direito a um arbítrio incondicionado (o que no plano empírico seria dificilmente imaginável), mas apenas um *indirizzo*, uma diretriz, daí a regra: observa o observador que exerce a soberania no sistema” (LUHMANN, 1996).

2.3.4.1.1 *A autorreferencialidade do sistema jurídico, a Constituição e o sistema político*

A priori, o sistema jurídico produz a distinção a fim de que seja sustentada a direção à própria unidade (direito é direito), “mediante a orientação para o código binário direito/não- direito (positivo/negativo) do sistema; código que vincula cada operação entre o direito e o não-direito”. Nesse contexto, não se coloca de fato não apenas a questão da validade do código, que não é uma norma, mas tampouco a questão do fundamento de validade do próprio código (LUHMANN, 1996).

A atividade principal do sistema jurídico é desenvolver a sua função de distinguir mediante contínuas operações do direito e do não direito, considerando que tal código refere-se, como vem sendo dito, a uma estrutura específica de comunicação (LUHMANN, 1996). Por isso, a aplicação de outro código é inadmissível e, caso isso fosse possível, “a operação deixaria de ser uma operação interna do sistema jurídico”, isso pois o sistema jurídico *sanciona-se*: na execução das operações de inclusão e exclusão (LUHMANN, 1996).

Nesse compasso, “positividade não significa senão que o direito só possa ser criado pelo próprio direito e não *ab extra* pela natureza ou pela vontade política” (LUHMANN, 1996), expressando, a linguagem datada à autodeterminação operativa do sistema. Por isso, não se refere à fundação da validade do direito por meio de um ato de arbítrio político.

Já no dinamismo do sistema, a positivação do direito ocorre a partir de sua independência e da autodeterminação do sistema. “De fato, a suspeição de arbitrariedade vinculada a esse processo conduz o observador a ver apenas um sistema jurídico em que o que ali ocorre pode ser tudo menos arbitrário” (LUHMANN, 1996) - o que significa que toda imutabilidade, inviolabilidade, superioridade, etc., deve ser construída no interior do próprio sistema jurídico.

Por tal motivo, a Constituição é construída no interior do sistema jurídico e representa uma distinção sistêmica, em que o direito representa a unidade da diferença de dois tipos de texto: o direito constitucional e o outro direito (LUHMANN, 1996).

A Constituição, assim, incorpora ao binômio direito/não direito, a ideia de que todo o direito corresponde à – ou contrasta com – a Constituição:

Portanto, o código direito/não-direito gera a Constituição para que a Constituição possa gerar o código direito/não-direito. A diferença radicalizada estabelece o texto que, por sua vez, estabelece a diferença – todavia sob a condição de que toda manobra autológica se torne invisível²⁸.

Dito isso, reprisa-se que Luhmann (1996) defende que “a Constituição rompe com o regresso infinito da fundação - pelo menos no que se refere ao próprio sistema jurídico” e, sob a acepção jurídica ou política, caracteriza-se como um dispositivo diferenciador da auto-referenciabilidade e da hetero-referenciabilidade nas operações internas aos sistemas referidos. Dessa forma, é possível, de modo concomitante, “uma solução jurídica para o problema da auto-referenciabilidade do sistema político e uma solução política para o problema da referenciabilidade do sistema jurídico” (LUHMANN, 1996).

A política, então, deve orientar-se pelo determinado juridicamente e pelo código binário, não lhe é permitido se afastar ou desviar. O sistema jurídico, por sua vez, deve se adequar às contínuas

²⁸ “Mas com isso chega-se simplesmente ao problema de se saber como o status excepcional da Constituição pode ter sido, ele próprio, legitimado e ao mesmo tempo tutelado pelas revisões inspiradas na política cotidiana. Na assembleia encarregada da elaboração do texto da Constituição americana de 1787, esse problema emerge na consciência de uma missão histórica única e precisamente por ocasião de um debate acerca da modalidade de ratificação - legisladores dos Estados membros ou ‘o povo’ de algum modo representativo. O problema parece ter sido considerado de um modo suficientemente pragmático e resolvido politicamente com a invenção da forma de assembleia constituinte historicamente convocada como um *unicum* histórico (*conventions*). Com isso, fica fora de qualquer discussão o fato de que a ideia de poder constituinte último do povo fora preparada por Rousseau e pelas 39 instituições de democracia direta das *towns* de New England, mas as modalidades de realização foram reencontradas no equilíbrio, no balanceamento, político das formas jurídicas alternativas. Legitimada por essa fórmula de cobertura (Dachformel), a Constituição posta em vigor oferecia a um só tempo a possibilidade de normativizar a influência política sobre o direito como prática contínua de negação das iniciativas legislativas e de limitá-la a essa forma. De uma vez por todas e de um modo permanente o direito torna-se assimétrico através da referência à política” (LUHMANN, 1996).

pressões exercidas pela política. Assim, sob o prisma jurídico no Estado Democrático de direito, é que a Constituição, declaradamente, é a estrutura pela qual o sistema jurídico reage à sua própria autonomia e, desse modo, nega qualquer tipo de fundamentação externa (LUHMANN, 1996)²⁹.

2.3.4.2 Os direitos fundamentais, os procedimentos democráticos e a divisão de poderes no sistema jurídico

Assim como a introdução de elementos informativos no direito é condicionada à verificação do procedimento jurídico para tanto, igualmente se compreende que os conteúdos normativos dos textos constitucionais não podem ser arbitrariamente escolhidos (LUHMANN, 1996).

A forma de inclusão e matéria a ser aderida à Constituição (e, por conseguinte, do próprio ordenamento jurídico) devem se orientar pelas normas procedimentais, como as que regulam o postulado da democracia.

No âmbito do sistema político, contudo, as normas referentes a exigências políticas de um modo excessivamente direto são um risco para a própria democracia. Exemplo disso são “as normas de natureza ideológica nos Estados socialistas ou a predominância dos interesses de segurança militar no direito constitucional (não escrito) de Israel” (LUHMANN, 1996).

Em tal situação, Luhmann (1996) alerta que haveria a possibilidade de

[...] facilitar a influência e a adaptação mediante acoplamento estrutural: na escolha de normas constitucionais tais que permitam ao sistema

²⁹ “Assim, a Constituição traz como consequência a transposição das perspectivas temporais. Ao invés da abertura para o passado, implementa-se a abertura para o futuro. Essa abertura significa que o direito prevê a sua própria modificabilidade limitando-a juridicamente sobretudo mediante disposições procedimentais mas também mediante a abertura da legislação à influência política, todo o direito é submetido ao controle de constitucionalidade e o velho direito torna-se facilmente obsoleto em face do novo direito positivado de acordo com a Constituição” (LUHMANN, 1996).

jurídico reconhecer a legalidade em quase todas as formas do agir político e que, vice-versa, toda decisão acerca da constitucionalidade-inconstitucionalidade do sistema político indica como se deve descrever qualquer tipo de decisão de modo a se encaixar (estromettere) na jurisdição constitucional.

No entanto, como freio a tal hipótese, há os direitos fundamentais, dotados de complexidade suficiente para levarem uma vida jurídica própria. Além disso, igualmente como impedimento à legalidade de políticas arbitrárias, há, no texto normativo, também outras normas procedimentais “que garantem o papel político dos interesses de um modo politicamente não direcionável, sem a obrigação política de legitimá-los como tais em uma hierarquia de valores pré-existent” – tal como se constituem os procedimentos eleitorais e a divisão de poderes (LUHMANN, 1996).

Pelo entendimento luhmanniano, então, a Constituição do Estado Democrático de direito, como acoplamento da estrutura entre os sistemas político e jurídico, consubstancia-se como mecanismo de autonomia de cada um desses sistemas e, assim, institucionaliza o procedimento eleitoral, a divisão de poderes (exigências políticas) e os direitos fundamentais (exigências jurídicas). São, portanto,

[...] instituições inseparáveis na caracterização do Estado Democrático de direito. Assim é que a eleição como procedimento político importa o voto como direito fundamental, a ‘divisão de poderes’ e, portanto, o controle jurídico da política mediante, sobretudo, as garantias fundamentais contra a ilegalidade do poder (NEVES, 2013, p. 102).

Especificamente no se refere aos direitos fundamentais, representam o produto do sistema jurídico à diferenciação funcional da sociedade complexa. Importa frisar, ainda, que, pela teoria sistêmica, a noção de direitos fundamentais representa uma resposta do sistema jurídico à diferenciação funcional da complexidade da sociedade (ambiente) e não se confunde com a concepção de “direitos humanos” como “direitos eternos” (NEVES, 2013).

Os direitos fundamentais detêm a função de se relacionar sistemicamente com a diferenciação funcional da sociedade, a qual reingressa por via constitucional no direito, e assegura, desse modo, o livre desenvolvimento da comunicação conforme diversos códigos sistêmicos autônomos. Assim, os direitos fundamentais servem à manutenção de uma ordem diferenciada de comunicação (NEVES, 2013).

Como corolário, a institucionalização dos direitos fundamentais imuniza a sociedade contra um totalitarismo simplificador da complexidade social. Mais do que isso, os direitos fundamentais institucionalizados são um “antídoto ao perigo da politização³⁰”, em que são sobrepostos ao código ‘poder/não poder’ e aos demais códigos de preferências (verdade/falsidade, ter/não-ter, amor/desamor, belo/feio, consideração/desprezo, transcendente/imanente e, principalmente, lícito/ilícito) (NEVES, 2013, p. 102).

Tal expansão dominadora e hipertrófica do poder político é obstada pela instituição dos direitos fundamentais, os quais possuem a tarefa de limitar o poder e fortificar o sistema jurídico para o embate político de questões diversas, oriundos de outros sistemas sistêmicos.

Por meio da Constituição, “as ingerências da política no direito não mediatizadas por mecanismos especificamente jurídicos são excluídas, e vice-versa”. Constituem-se, assim, relações intersistêmicas equivalentes, típica do Estado Democrático de direito, isso porque a autonomia funcional de ambos os sistemas é condição e resultado da própria existência desse acoplamento (NEVES, 2013, p. 98-99).

Todavia, por meio do acoplamento estrutural, “cresce imensamente a possibilidade de influência recíproca e condensam-se as “chances de aprendizado” (capacidade cognitiva) para os sistemas participantes. Destarte, a Constituição serve à interpenetração (e mesmo à interferência) de dois sistemas autorreferenciais” (NEVES, 2013, p. 98-99), o que implica, simultaneamente, relações recíprocas de dependência e independência, que, por sua vez, só se tornam possível com base na formação auto-referencial de cada um dos sistemas.

³⁰ Em outras palavras, refere-se à prevalência imediata e absorvente dos critérios políticos em todas as esferas de comunicação: ciência, economia, amor, arte, moral, religião, direito, família, educação etc.

2.3.4.3 Funções do Poder Legislativo e do Poder Judiciário

Além o acoplamento estrutural vinculativo do sistema político e do sistema judiciário, ambos apresentam funções complementares e, assim como a especialidade dos sistemas funcionais, a distinção entre competência legislativa e judicial é baseada em procedimentos de diferenciação, em que se verifica a evolução das regras de concorrência e definição restritiva (LUHMANN, 2003).

O tribunal, na tarefa de interpretar as leis, decide o quão longe podem solucionar casos pela interpretação e até que ponto, se as soluções não forem satisfatórias, deve exigir mudanças legais pelo legislativo. No dinamismo fático, enfrentando os poderes do Legislativo, foram ampliados os poderes dos juízes pela interpretação e gerada a dupla exigência de decidir em cada caso e decidir pela igualdade, em casos particulares, as mesmas regras (LUHMANN, 2003).

No que tange, especificamente, à atuação do magistrado, esta deve ser procedida de três fases: a primeira consiste na interpretação da lei; a segunda, na argumentação de enquadramento de fatos à lei, em que se pode perceber uma parcela de liberdade na conduta do magistrado; a terceira, por fim, caracteriza-se pela inserção, no sistema jurídico, de uma normatização específica para o caso em concreto.

Nessa descrição da tarefa do julgador, percebe-se, Luhmann não faz referência à liberdade de convencimento vinculada à subjetividade do magistrado - apenas aponta a função de tal sujeito de modo extremamente objetivo, seguindo o raciocínio de sua teoria estrutural.

2.3.4.4 A proposta de argumentação jurídica

No trilhar referente à conferência de objetividade insistente ao sujeito, a argumentação jurídica defendida por Luhmann sustenta que é impossível se excluir o símbolo da validade do sistema jurídico e, assim, nenhum argumento (lei, contrato, testamento, decisão legal) é capaz de mudar o direito vigente, nenhum argumento é capaz de conferir validade a novos direitos e obrigações, e com ele criar condições que, por sua vez, possam ser modificadas. O sistema jurídico depende de sua validade, a qual é condição para que a argumentação

jurídica se restrinja às normas jurídicas filtradas pelo direito, de modo a não ser obstado por prejuízos morais ou prejuízos de outras ordens (LUHMANN, 2003).

Desse modo, no exercício argumentativo, deve-se partir da interpretação da legislação, de que se alcançará a comunicação representada pela racionalidade da intenção de quem cria o texto, qual seja, o legislador (LUHMANN, 2003). Especificamente quanto às argumentações contidas nas decisões dos tribunais, frisa-se que o seu trabalho – distinguindo a importância entre a lei e a jurisprudência – contempla a singularidade da atividade jurisdicional que é exercida, exclusivamente, dentro do código jurídico.

Nas palavras de Luhmann (2003, p. 218):

Ao contrário da legislação, a jurisprudência é a aplicação da lei por meio de decisões aplicadas a casos particulares. Como resultado dessas decisões, ocorrem (ou confirmam) regras de decisão, axiomas, princípios legais e teorias, o que acontece [...] apenas em conformidade com a lei, a qual, por sua vez, determina qual a base para tais decisões.

Nesse compasso, nenhum tribunal deve iniciar um julgamento em si mesmo, apesar de calamidades estarem aumentando em seu entorno, assim como não deve agir em desconformidade ou além da legislação. Desse modo, referindo-se à relação assimétrica entre a legislação e a jurisprudência e com a ajuda de meios derivados (como a doutrina das fontes do direito), tenta-se evitar a circularidade de o tribunal produzir a própria lei que, por ele, será aplicada. Luhmann (2003) defende, portanto, que as decisões judiciais devem ser esterilizadas e que servem principalmente como conhecimento do direito e até mesmo da doutrina de fontes legais. Assim, prima-se pela operação do fechamento operacional na produção da decisão judicial.

A decisão judicial, em base luhmanniana, forma-se pelas alternativas legais constantes no sistema jurídico, em que é viável seguir por um ou mais caminhos – os quais, por sua vez, contêm as condições e geram eventos que produzem decisões subsequentes resultantes da primeira decisão. As decisões subsequentes, logo, previsíveis dentro de

margens muito estreitas, não podem ser geradas sem a primeira escolha (LUHMANN, 2003).

Nesse compasso, a decisão judicial em si não é um componente das primeiras alternativas, mas sim a consequência, como uma terceira opção, em alternativa da alternativa (LUHMANN, 2003), alçada pela legislação.

Aí, então, a argumentação jurídica, fase seguinte à interpretação da legislação, não se constitui exatamente no emprego de recursos relacionados à complexidade sistêmica. Mas, aproveita o fato de que o direito, como o sistema, gerencia a sua estrutura complexa e de como há a possibilidade de reproduzir por meio de sua relação ao meio ambiente (LUHMANN, 2003).

É claro que a validade e a argumentação jurídica não operam com independência mútua, pois se tratam de operações de um mesmo sistema. Para as decisões judiciais, o uso da relação do sistema com o seu entorno deve respeitar as operações sistêmicas, com a indicação da legislação³¹.

No exercício da advocacia, ao contrário, Luhmann (2003) acrescenta que é comum o exagero da importância do argumento, eis que há a produção de textos independentes de determinação ou verificação com o código binário validade/invalidade. Por isso, alega o autor que, na profissão de advogado, observa-se, por vezes, uma

³¹ Cf. DERRIDA, Jacques. **Força de lei**: o fundamento místico da autoridade. Trad. Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007; DERRIDA, Jacques. **A escritura e a diferença**. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 2002. Esse autor traz a ideia de suplementos argumentativos, que consistem em formas gerais do conhecimento metafísico e os valores externos ao sistema do direito para fundamentar a sua legitimidade e a sua correção de uma decisão jurídica. Os suplementos argumentativos são verificados quando se utiliza, como recurso de argumentação, princípios morais, valores éticos ou religiosos, e também “orientação às consequências”, que representa a previsão dos prováveis efeitos colaterais ou impactos da decisão jurídica na economia, na ciência, na política, na educação. Destaca-se que inexistente controle sobre essa utilização. Nesse ponto, pode-se afirmar que o suplemento indica um elemento ausente no sistema jurídico – e essa referencialidade externa, uma vez incluída argumentativamente, transmuta-se em elemento interno do sistema, ao mesmo tempo em que não está no sistema de referência – o que caracterizaria um paradoxo.

distância irônica entre argumentos e o que realmente fundamenta uma decisão judicial.

2.4 O SUJEITO (AUSENTE) NA TEORIA LUHMANNIANA

De acordo com o explanado no início deste capítulo, a proposta teórica de Luhmann, diversa das teorias sociológicas e políticas tradicionais, tem como objetivo examinar a sociedade com base no paradigma sistema/meio. Aí, a sociedade é um sistema (formado por elementos comunicativos); e os sujeitos, seu entorno. De tal forma, os sujeitos não são partes integrantes do sistema social, mas possuem um papel essencial na criação dos elementos comunicativos e, assim, os indivíduos representam o sistema psíquico.

A comunicação é dependente da percepção, a qual é produzida na estrutura sistêmica psíquica³². A percepção, por sua vez, é produto da consciência, visto que “somente a consciência pode ter capacidade de percepção e dar-se conta do que acontece no mundo” (LUHMANN, 2009, p. 275). O interior do sistema psíquico (assim como se procede nos sistemas sociais) é uma zona de redução de complexidade, em que o elemento comunicativo interior seleciona uma quantidade limitada de informação disponível no exterior, utilizando, como critério para a operação seletiva, o sentido (*sinn*, em alemão) (LUHMANN, 2009).

O sentido, conseqüentemente, permite que a complexidade interna do sistema apresente uma manutenção de fatores complexos, a partir de uma seleção interna de uma alternativa de atuação perante o meio do sistema. É, então, a força interna que regula o procedimento de seleção de um determinado sistema, de modo que este pode se organizar por meio da seleção promovida. O sentido, ainda, também promove a definição dos limites do sistema e está, assim, vinculado ao fechamento operacional, bem como à abertura cognitiva³³.

³² “A comunicação em si mesma não pode ver, ouvir, ou sentir: ela não tem nenhuma capacidade de percepção” (LUHMANN, 2009, p. 275).

³³ Destaca-se que o sentido, conforme elemento desvinculado de qualquer ato humano na estrutura luhmanniana, é insuficiente, considerando a imprescindibilidade do apontamento de fatores deontológicos. Assim sendo, “um conjunto que crie uma ordem de preferências de uma sistema social, um complexo de mecanismos regulativos constituído simbolicamente e com sentido. Desta forma podemos então responder a pergunta de uma maneira

Em dinâmica, tem-se, a partir da consciência, no sistema psíquico, a possibilidade de percepção e, assim, eventual produção de comunicação: “a consciência é o único fator de irritação da comunicação” (LUHMANN, 2009, p. 279).

Dessa maneira, o sujeito é criador da comunicação por sua percepção no sistema psíquico, mas não é a referência basilar para a perquirição sobre o funcionamento da sociedade na teoria sistêmica luhmanniana. Sobre isso, Luhmann questiona as construções teóricas tradicionais, principalmente, na explanação da sociedade baseada na ideia de que o indivíduo, detentor de uma racionalidade e formador de um grupo de sujeitos com as similares características, seria suficiente para configurar o contrato social – com tais argumentos, Luhmann reprova a concepção de sociedade como totalidade de indivíduos (LUHMANN, 1998).

A Teoria dos Sistemas, portanto, direciona-se à compreensão e descrição das operações organização, constituição e evolução da sociedade moderna, originadas das dinâmicas ocorridas sob o vínculo complexo entre sistemas operativamente fechados e cognitivamente abertos de comunicações. Tal relação baseia-se em elementos comunicativos relevantes, diferenciados mediante a diferenciação funcional.

É com fulcro na diferenciação funcional que se percebe a adoção da dialética de Hegel, de modo a inverter a união a partir da identidade pela referência a distinções (LUHMANN, 1998). Por tal razão que, segundo o pensamento luhmanniano, a percepção da sociedade contemporânea é feita por processos de produção de diferença (ROCHA, 2001), e não por meio de disposição subjetivo ou de consenso intersubjetivo.

diferente: a regulação da seleção de dados do meio, por via de uma ordem de preferência formada por critérios de sentido, é a condição da possibilidade da formação de um sistema. Como já foi dito, sistemas não-triviais têm a capacidade de reflexão, o que significa capacidade para elaborar internamente um modelo do seu meio e uma identidade própria. Sendo assim, o sistema também tem a capacidade de definir e redefinir internamente o que é o sentido, que depois se torna a base da seleção para redução da complexidade do meio e da contingência interna. Sistemas sociais são assim constituídos por sentido e constituem sentido ao mesmo tempo” (MATHIS, 2014).

Nesse ponto, resta claro que Luhmann refuta a formação comunicativa da sociedade moderna a partir do consenso ou dissenso, promovendo a substituição do paradigma sujeito-objeto e a transferência de sua visão metodológica para a observação da diferença sistema-ambiente, com noção mais objetivada de estudo de constituição e desenvolvimento do objeto em exame. Mas isso, especificamente, porque ele não insere o sujeito no seu espectro teórico do dinamismo sistêmico postulado. Contudo, percebe-se que existe uma vinculação entre a intersubjetividade e o paradigma sistema-ambiente, tendo em vista que a formação do sistema social a de seus subsistemas a partir da diferenciação é feita pela interação comunicativa entre os indivíduos.

Pela ausência da figura do sujeito, muitos críticos imputam a Luhmann a insensível desconstrução e desconsideração do conceito de sujeito e uma arriscada substituição pelo paradigma de sistema autopoietico. Um desses críticos é Luigi Ferrajoli, o qual profere críticas à teoria luhmanniana e questiona o local teórico destinado ao sujeito. Outra crítica proferida frontalmente à teoria de Luhmann foi elaborada por Habermas, especificamente no que se diz respeito à objetividade da Teoria dos Sistemas e ao abandono do sujeito, conforme se detalhará no capítulo que segue.

Diante disso, como caminho à verificação da hipótese exposta na introdução, em que se deve perquirir acerca da atuação do sujeito³⁴ no panorama do sistema jurídico, compreendem-se, portanto, necessárias a exposição dos exames realizados por tais autores e a explanação acerca da importância da atuação do sujeito nas operações do sistema jurídico.

³⁴ Para o presente trabalho, a utilização do termo “sujeito”, em que pese o destaque, pontualmente, à sua ação, contém a designação de um sujeito cognoscente que “não é definido exclusivamente como sendo aquele que se relaciona com objetos para conhecê-los ou para agir através deles e dominá-los” (HABERMAS, 2007a, p. 62), mas sim como o sujeito que, “durante seu processo de desenvolvimento histórico, é obrigado a entender-se junto com os outros sujeitos sobre o que pode significar o fato de ‘conhecer objetos’ ou ‘agir através de objetos’, ou ainda ‘dominar objetos ou coisas’” (SIEBENEICHLER, 2003, p. 62). Seguindo o mesmo sentido, por oportuno, adianta-se que se adotará, nos próximos capítulos, a expressão “sujeito operador do sistema jurídico” em designação à figura do magistrado e do legislador, cargos instituídos pelo ordenamento jurídico e justificados pela sua instrumentalidade.

3 FALHAS E AJUSTAMENTOS DA TEORIA SISTÊMICA: AS DIMENSÕES DESCRITIVAS E PRESCRITIVAS, A IMPORTÂNCIA DO SUJEITO NO SISTEMA JURÍDICO E FORMAS DE ATUAÇÃO

Epistemologicamente, as construções teóricas jurídicas podem ser caracterizadas em teoria normativa ou prescritiva e em teoria descritiva ou positiva. Na vertente descritiva, vislumbra-se a estipulação de razões e objetivos fundantes e percebe-se a preferência em aferir a proficuidade das enunciações em conformidade com o objeto examinado. A teoria prescritiva, por sua vez, é confeccionada com a meta de relatar, faticamente e em sua existência, determinado objeto de pesquisa e nela se observa a necessidade de formação de juízos axiológicos de causa e projeção das propostas teóricas (DOMINGUES, 2004).

Em específico, tem-se como teoria descritiva a abordagem sociológica luhmanniana, a qual se atém à compreensão de que a teoria se justifica em si mesma e em seus procedimentos de validação de seus resultados, consistindo, assim em um sistema de racionalidade autogerado e autojustificado (OLIVA 1999). No entanto, partindo da distinção apresentada, importa destacar que a teoria descritiva não é totalmente estanque em sua característica e contém, em sim, uma peculiaridade normativa que é sua posição de contrariar o que recomendam as teorias prescritivas. Assim, no momento em que Luhmann refuta a base legitimatória do direito e do Estado – como se verá a seguir –, está tacitamente defendendo que o sistema jurídico e a instituição estatal tanto não possuem fundamento como não o devem ter. Essa é uma consequência que acarreta riscos fáticos, os quais podem legitimar procedimentos desprovidos do compromisso com uma ética normativa.

Ao intentar, especificamente, a eliminação de um conteúdo normativo de sua construção teórica, apontando tal característica como uma opção alijada da realidade, Luhmann resvala na prescrição de desnecessidade de fundamento legitimatório ao retirar a significação do funcionamento do sistema enquanto fato humano. Além disso, ao se concentrar na superfície da dinâmica funcionalista dos sistemas sociais, faltou com o próprio método sistêmico ao deixar de lado fatores de

motivação às operações das estruturas sistêmicas: a intersubjetividade do sujeito.

Diante das nuances descritivas e prescritivas, alguns teóricos apresentaram severas críticas ao pensamento luhmanniano. Destas, destacam-se, aqui, por importar ao objeto deste trabalho, algumas pontuações de Ferrajoli e de Habermas. Ferrajoli, expoente da Teoria do Garantismo Jurídico, a ser trabalhada próximo capítulo, promove refutações à Teoria dos Sistemas com base na confusão entre teoria descritiva e teoria prescritiva e, ainda, com uma leitura um tanto nebulosa acerca do pensamento luhmanniano. Por isso, tais críticas, em sua maioria, são refutadas. Habermas, filósofo alemão que teceu a Teoria do Agir Comunicativo, importando-se com a intersubjetividade e as pretensões de validade de um discurso, traz a problemática do sujeito e da desconsideração de sua importância na construção dos sistemas luhmannianos. Em tal ponto, confluem-se os objetivos deste trabalho.

3.1 CRÍTICAS DESFERIDAS POR LUIGI FERRAJOLI À TEORIA DOS SISTEMAS

Para o entendimento da apreciação lançada por Ferrajoli à Teoria dos Sistemas, faz-se necessário explanar a classificação das doutrinas políticas elaborada pelo crítico.

Ferrajoli (2002) adota os termos luhmannianos de autopoiese e heteropoiese e os enquadra nos tipos de organização política de Estado-fim e de Estado instrumento. Segundo o autor, as doutrinas políticas autopoieticas fundam os sistemas políticos sobre si mesmos e apresentam o direito e o Estado como bens ou valores intrínsecos. Para tanto, o Estado seria considerado um fim e encarnaria valores ético-políticos de característica social e individual, cuja conservação e reforço para o direito e os direitos hão de ser funcionalizados. São autopoieticas, portanto, as doutrinas de legitimação desde o alto, fundantes da soberania do Estado sobre identidades metafísicas e históricas, como Deus, a religião, a natureza e similares, tais como as doutrinas pré-modernas³⁵.

³⁵ “A secularização moderna dos sistemas políticos e jurídicos extirpou, ao menos nos países evoluídos, fontes tais de legitimação teológica ou natural. Rompidos os laços com os mundos transcendentais, desenvolveram-se, todavia, na Idade Moderna, doutrinas sejam idealistas sejam realistas de um Estado que

Já as doutrinas políticas heteropoiéticas fundam-se em finalidades sociais, justificando as instituições políticas e jurídicas como males necessários para a satisfação dos interesses humanos. Nesse sentido, o Estado seria um mero meio legitimado unicamente com a finalidade de garantir os direitos fundamentais do cidadão. Caso não os garanta, torna-se politicamente ilegítimo. Por isso, tais teorias legitimam politicamente o direito e o Estado de baixo ou de modo externo, a partir da sociedade, tais como as filosofias políticas utilitaristas elaboradas pelo jusnaturalismo laico e racionalista da época do Iluminismo (FERRAJOLI, 2002).

Para as teorias heteropoiéticas, o direito é um artifício criado em benefício do ser humano, como seu instrumento de garantia de proteção aos direitos fundamentais e tutela contra as arbitrariedades.

Nesse sentido, Ferrajoli sustenta que os direitos naturais representam direitos pré-estatais ou pré-políticos por não serem considerados produto do Estado³⁶. Os direitos naturais, ainda, são fundamentais ou fundadores de razão de ser da entidade estatal, servindo de “parâmetros externos e objetivos de sua organização, delimitação e disciplina funcional” (FERRAJOLI, 2002, p. 707).

Além disso, reconhece-se que o direito e os direitos naturais não são realidades objetivas, mas sim princípios axiológicos ou normativos de tipo extrajurídico – ou seja, não existem *de per si*. Porém, destaca-se que a inexistência de um direito como ontológico não descaracteriza a importância da associação dos direitos naturais como

fundamental igualmente desde o alto sua legitimação política. As mais nefastas, por sua enorme influência exercida na história da cultura política, foram seguramente as doutrinas idealistas, nas múltiplas versões do juspositivismo ético-liberal-nacionalistas, fascistas e stalinistas - de várias formas resultantes da doutrina hegeliana do "Estado ético" (FERRAJOLI, 2002, p. 706, nota de rodapé 34). Ainda, “estas ideologias assumem o princípio da legalidade não somente como princípio jurídico interno, mas também como princípio axiológico externo, sobrepondo à legitimidade política a legalidade jurídica e conferindo às leis valor, e não apenas validade ou vigor, unicamente com base no valor associado a priori à sua forma, ou pior, à sua fonte (o soberano, ou a assembleia, ou o ditador, ou o partido, ou o povo ou similares)” (FERRAJOLI, 2002, p. 706).

³⁶ Com base nesse entendimento, os direitos fundamentais seriam, então, meramente reconhecidos pelo Estado e pelo direito, eis que inerentes à pessoa humana; e não constituídos pelo instrumento estatal.

fundamentos externos (ou naturais, no sentido de pré-políticos ou sociais) do direito e do Estado (FERRAJOLI, 2002).

Como corolário, a instituição do Estado é um produto de consenso entre os humanos³⁷, valendo somente enquanto servir aos cidadãos e perdendo sua justificação quando se insurgir contra a sociedade – razão pela qual deve ser transformado, remodelado e demolido.

Fundamentada nesse pensamento, a fonte de legitimação do pensamento garantista estaria além da construção teórica, em um ponto além do sistema jurídico³⁸: estaria sediada na pessoa humana.

Ao contrário são as teorias autopoieticas ao justificarem legitimação política do alto. Ferrajoli (2002) aponta que tais doutrinas são as mais nefastas, em virtude de sua influência exercida na história da cultura política, tais como as doutrinas idealistas: as versões do juspositivismo ético-liberal-nacionalistas, fascistas e stalinistas, originárias da doutrina hegeliana do Estado ético³⁹.

Apesar de tais doutrinas terem como base o princípio da legalidade, a sua fundamentação é feita tanto como postulado jurídico interno, como postulado axiológico externo, em que a legalidade jurídica se sobrepõe à legitimidade política e às leis é conferido, além do juízo de validade e de vigência, um juízo axiológico com base na sua

³⁷ "Porque pela arte" - são as palavras de Hobbes - "pé criado aquela grande Leviatã a que se chama Estado, ou Cidade [em latim *Civitas*] que não é senão um homem artificial, embora de maior estatura e força do que o homem natural, para cuja proteção e defesa foi projetado" (FERRAJOLI, 2002, p.707).

³⁸ Explanado no capítulo seguinte, especificamente sobre a legitimação garantista.

³⁹ Em termos aristotélicos, a ética conduz à política e, assim, defende-se a existência do Estado ético, estipulador de uma ética estabelecida para alcançar o desenvolvimento e a felicidade do indivíduo. Por conseguinte, o justo seria a virtude, conforme fora determinado pelo Estado. Assim, a “concepção aristotélica de bem comum, a ser garantido na polis (cidade-Estado) por meio da política, pressupunha uniformidade cultural, unidade ética e baixíssima complexização social. Nas atuais sociedades ocidentais de altíssima e crescente complexização social, multiculturais e fragmentadas em diversos microssistemas éticos, o bem comum se encontra cada vez mais reduzido, não indo muito além do que a busca da estabilidade do próprio macrosistema social” (TEIXEIRA, 2012).

fonte (o soberano, ou a assembleia, ou o ditador, ou o partido, ou o povo, ou similares) (FERRAJOLI, 2002).

Além disso, destaca Ferrajoli (2002, p. 707) que as doutrinas autopoieticas “se acompanham ou se confundem com concessões organicistas do Estado, idealizado como personificação da inteira sociedade e como síntese de razão”, em que se verifica a confusão entre direito e moral, entre ser e dever ser, ou, entre o ponto de vista interno e o ponto de vista externo associada à confusão entre Estado e sociedade.

Partindo de tal posicionamento, Ferrajoli analisa a Teoria dos Sistemas de Luhmann como uma teoria autopoietica pelo fato de, supostamente, apresentar sua legitimação em si mesma⁴⁰. Especificamente, em sustentação proferida em e-mail acerca da aproximação entre a Teoria dos Sistemas e o Garantismo Jurídico, Ferrajoli (2013), partindo da diferenciação entre as doutrinas políticas, explicou que:

[...] tra il garantismo e la teoria dei sistemi di Luhmann non ci siano rapporti, se non di opposizione. La dottrina luhmanniana propone una concezione funzionalistica e autopoietica del diritto e dello Stato come fini a se medesimi. Al contrario il garantismo esprime una concezione eteropoietica del diritto e delle istituzioni politiche quali strumenti finalizzati alla garanzia dei diritti delle persone.

Diante disso, tem-se, da compreensão de Ferrajoli da teoria luhmanniana, um aparente choque conceitual acerca da definição de legitimidade defendida por tais teorias: enquanto a doutrina luhmanniana defenderia a legitimação do direito dentro do próprio sistema jurídico, a doutrina garantista sustenta que a legitimação do direito lhe é exterior, oriunda, especificamente, dos direitos fundamentais. Isso porque a autodeterminação ou a autojustificação do

⁴⁰ A secularização moderna dos sistemas políticos e jurídicos extirpou, ao menos nos países evoluídos, fontes tais de legitimação teológica ou natural. Rompidos os laços com os mundos transcendentais, desenvolveram-se, todavia, na Idade Moderna, doutrinas sejam idealistas sejam realistas de um Estado que fundamenta igualmente desde o alto de sua legitimação política.

sistema jurídico seriam fundamentadas em base totalitária, uma vez que, desse modo, qualquer comando normativo contido na estrutura autopoiética seria legítima – o que é inconcebível para o autor garantista (FERRAJOLI, 2002).

Além de tal distinção, a ser enfrentada no tópico seguinte, Ferrajoli tece as pontuais apreciações de ordem epistemológica e lógica à teoria luhmanniana e à de Luhmann:

a) Transgressão da tradição acerca da sociedade como sistema

Segundo Ferrajoli (2002), na teoria europeia tradicional da sociedade política, a sociedade era considerada um todo composto por partes, tal qual é um organismo, que é uma totalidade viva formada de partes vivas. Assim, a existência das partes é essencial ao todo. Contudo, Ferrajoli interpreta a teoria luhmanniana como uma teoria sociológica dos sistemas sociais que rompe com a tradição mencionada ao ponderar o ser humano como ambiente problemático do sistema, e não mais como parte do sistema social.

b) Dominação do sistema social pelo sistema político

Alegando que a teoria sistêmica de Luhmann promove “uma reformulação do Estado como ‘sistema’ e da sociedade como ‘ambiente’” e que postula “o primado do primeiro sobre a segunda, reduzindo tudo a uma espécie de lei biológica”, Ferrajoli (2002, p. 706) assevera que, na teoria luhmanniana, a manutenção e o desenvolvimento do sistema implica a dominação e modificação de seu ambiente, de forma a simplificá-lo e reduzi-lo às instâncias funcionais sistemáticas. Em outras palavras, afirma que o objetivo do sistema político seria a dominação e a modificação da sociedade em razão da inexistência de um ponto de vista ético-político externo.

c) Ausência de legitimação

Considerando que a dominação e a modificação da sociedade em prol da manutenção do sistema político em virtude da ausência de uma teoria de base legitimatória representativa de um ponto de vista ético-político externo, Ferrajoli (2002, p. 706-707) compreende que

Luhmann nega a legitimidade fundada no indivíduo e, mais, doutrina a ausência de limites aos poderes do Estado.

d) Indivíduos como subsistemas subordinados ao todo

Apesar de Ferrajoli asseverar que, de acordo com a concepção luhmanniana, os indivíduos não pertencem ao sistema, mas, sim ao ambiente, afirma que é inviável a compreensão decorrente de tal constatação, qual seja a concepção dos sistemas políticos como organismos (não vivos), em que as partes, aí considerados os indivíduos, são subsistemas funcionais e subordinados ao todo (FERRAJOLI, 2002).

Vê-se, aqui, que a leitura da teoria luhmanniana promovida por Ferrajoli enquadra os indivíduos ora como pertencentes ao ambiente, ora como partes funcionais e subordinadas a um sistema, qual seja o político.

e) Prevalência do ambiente sobre o sistema

Posteriormente, Ferrajoli (FERRAJOLI, 2002) aponta como ilógica a assunção da prevalência do sistema sobre o ambiente – este, compreendido pelo crítico como o conjunto de indivíduos; aquele, como o sistema político, ou Estado. E sustenta sua crítica na asserção de que é o sistema político e o Estado, não o ambiente social ou os cidadãos, que devem ser tidos como sujeitos ativos da relação sistema-ambiente.

Por isso, sugere que, tal como uma doutrina política autopoietica, a teoria luhmanniana defende que é o sistema político que deve conservar-se às expensas do sistema social.

Contudo, comparando-se o que teria afirmado anteriormente, verifica-se a contradição acerca da leitura feita da teoria luhmanniana: segundo Ferrajoli, o que prevaleceria? O sistema ou o ambiente?

f) Deslocamento entre tese descritiva e tese prescritiva

Por fim, Ferrajoli (2002) aponta que Luhmann é constantemente ambíguo na definição de sua teoria, eis que se filia tanto às teses descritivas quanto às teses valorativas e axiológicas. Destaca, então, que “Luhmann parece relutante a esclarecer se a sua teoria se

limita a dizer como vão as coisas ou mesmo se aspira ainda a sugerir-nos como as coisas não podem não andar” e profere que “acaba frequentemente por equiparar sub-repticiamente a sua descrição ‘científica’ do mundo *como* é com a tese, não importa se otimista ou pessimista, que o mundo *não pode ser de outro modo*”, o que caracterizaria a teoria dos sistemas como uma evidente falácia naturalista.

Ainda, declara Ferrajoli (2002) que o cientificismo sociológico é convertido em uma nova filosofia da história e em uma nova metafísica determinista por Luhmann por este opinar que esse seria o mundo existente, sendo tal um juízo de fato ou um juízo de valor.

Ademais, tendo em vista a legitimação pelo procedimento da teoria luhmanniana, a suposta ausência de conteúdo poderia incentivar o direcionamento do sistema jurídico a interesses setorializados e particulares. Ainda, por supostamente não existir uma comunicação com uma fonte externas, as informações do sistema autônomo não poderiam ser questionadas, redundando no regresso a um direito dogmático formalista.

Em similar posicionamento, outras críticas referenciadas à Teoria dos Sistemas foram manifestadas, entendendo a defesa de um direito fechado, o que representaria o despertar do formalismo judicial e do positivismo jurídico, do direito como um sistema enclausurado em que os que tomam decisões operam completamente à margem de quaisquer pressões externas, e em que o estudo da lógica interna do direito refletirá a totalidade do que se deve compreender sobre o sistema jurídico (ROCHA; KING; SCHWARTZ, 2009).

Como consequência de tais críticas, algumas delas concebidas sem uma compreensão plena da doutrina luhmanniana, tem-se o sofisma de que a teoria luhmanniana tentaria radicar o direito de outros sistemas sociais com a identidade equivocada da expressão autopoiese jurídica com autonomia clausurística jurídica (ROCHA; KING; SCHWARTZ, 2009).

No entanto, da percepção advinda do capítulo anterior, vê-se a dissonância entre os postulados luhmannianos e a compreensão da teoria sistêmica de seus críticos, especialmente a respeito da base comunicativa fundamental da construção teórica de Luhmann, em que são os indivíduos, com base nas comunicações que firmam entre si, que produzem a estruturação e a construção do sistema social e, também, de

seus subsistemas, inclusive do subsistema jurídico – o que gera consequências em tal entendimento de dissociação teórica.

Assim, diante desses posicionamentos críticos, especificamente dos tecidos por Ferrajoli, parte-se à verificação de sua consistência.

3.1.1 Divergências teóricas e elucidação das críticas à Luhmann: a definição da teoria luhmanniana e corolários

No intento de satisfazer o questionamento de se as apreciações lançadas por Ferrajoli são ou não procedentes e por quais fundamentos, tem-se que a resposta é condicionada à compreensão correta da teoria luhmanniana, bem como dos conceitos operacionais empregados para sua leitura.

A Teoria dos Sistemas formulada por Luhmann trata, de maneira peculiar, as relações sociais e as comunicações dela decorrentes, com o objetivo de examinar a complexidade da sociedade contemporânea. Em seu discurso, defende que sua teoria é descritiva e, consequentemente, produz uma abordagem sociológica única sobre o direito e o Estado.

Diante disso, as estruturas sistêmicas articuladas por Luhmann não representam conotação afeta a pretensões liberais ou conservadoras, especialmente por conta de sua proposta procedimental⁴¹. Seu objeto de estudo, portanto, contempla uma abordagem objetiva de como o sistema social se comporta para atingir tal objetivo da segurança.

Além disso, a ambiguidade na definição da teoria luhmanniana, ou a suposta aspiração de confeccionar uma teoria de cunho extremamente positivista (especialmente em razão da ausência do sujeito), conforme apontada por Ferrajoli, é não verificada em sua pretensão. Pode ser, no entanto, considerada se o observador de sua construção teórica não a perceber com o método adequado, qual seja o sistêmico. A mesma ponderação, portanto, é respondida à reflexão sobre o direcionamento do sistema jurídico a interesses setorializados e particulares.

⁴¹ Em que pese o autor sistêmico apresentar uma construção teórica acerca do Estado Social cuja leitura induza à consideração de defesa de um Estado liberal.

No compasso, com referência às apreciações sobre a inexistência de uma comunicação do sistema jurídico com o meio exterior, assim como acerca do eventual despertar do formalismo judicial e do positivismo jurídico, trazem-se exames específicos.

3.1.2 Crítica principal: doutrina política autopoietica versus doutrina política heteropoietica

De plano, é importante destacar que há distinção do significado dos termos autopoiese e heteropoiese nas acepções de Luhmann e Ferrajoli.

Na linguagem luhmanniana, autopoiese e heteropoiese representam operações exercidas por um determinado sistema. A autopoiese consiste na produção sistêmica de si mesma, em que se produz um aumento constante de possibilidades até que a complexidade atinja limites não tolerados pela estrutura do sistema, acarretando à sua especialização. A heteropoiese, por sua vez, é a operação dinâmica produto da comunicação entre o sistema e o ambiente, favorecida pela abertura cognitiva.

Conforme mencionado no capítulo anterior, um sistema pode ser somente autopoietico, ou autopoietico e heteropoietico, ou, ainda alopoeietico. O sistema jurídico, no entendimento de Luhmann, enquadra-se na segunda concepção: como promove sua própria reprodução, com a determinação da atividade legislativa e da interpretação e aplicação do direito, por meio da decisão judicial, verifica-se a característica autopoietica. Concomitantemente, como apresenta abertura cognitiva ao macrossistema social (ambiente), e ao sistema político – pelo acoplamento estrutural, que é a Constituição –, também se entende heteropoietico.

Segundo Ferrajoli, por sua vez, autopoiese e heteropoiese exprimem a classificação de teorias filosófico-políticas que defendem uma determinada fonte de legitimação do sistema jurídico e do sistema político.

Na concepção autopoietica, o Estado é um fim em si mesmo e sua conservação e reforço devem ser instrumentalizados pelo direito, subordinando-se a ele tanto os indivíduos como a sociedade, a partir de um ponto de vista interno. Para as concepções heteropoieticas, por sua vez, o Estado é um meio, legitimado unicamente pelo fim de garantir os

direitos fundamentais do cidadão, e politicamente ilegítimo se não os garante, ou pior, se ele mesmo os viola. Assim, defende-se que a legitimação política do direito e do Estado provém do externo ou de sua base, isto é, da sociedade, entendida como soma heterogênea de pessoas, de forças e de grupos sociais.

De acordo com o explanado, um dos motivos da crítica desferida por Ferrajoli a Luhmann seria em razão de a Teoria dos Sistemas, supostamente, apresentar uma concepção funcionalista e autopoietica do ordenamento jurídico e do Estado, o que os define como fins em si mesmos. Já o Garantismo denotaria um conceito heteropoiético do direito e do Estado, os quais são instrumentos para a garantia dos direitos fundamentais.

Inicialmente, então, há, aqui, dois sofismas: (a) que a característica autopoietica do sistema jurídico luhmanniano o impede de também ser heteropoiético; e (b) que a autopoiese do direito e do Estado significa que ambos se legitimam em si mesmos e que, por isso, são instrumentos-fim.

Essas falácias não podem ser confundidas com a legitimação do Estado e do direito; para tanto, seguem-se pertinentes averiguações.

3.1.2.1 O paradoxo jurídico: o fechamento operacional e a abertura cognitiva

Em virtude da operação da heteropoiese, favorecida pelo mecanismo de abertura cognitiva do sistema jurídico, é inadequada a assertiva de que o sistema jurídico seja enclausurado em si mesmo. Ao contrário: está disposto à recepção de elementos extrajurídicos, os quais, de um lado, podem representar a evolução do sistema jurídico e, por outro, podem acarretar a crise de sua identidade⁴².

⁴² “Nesse sentido, fala-se em alopoiese social do direito quando se verifica a prevalência de outros códigos de preferência sobre o código direito/não direito, implicando a indefinição das fronteiras sistêmicas e, principalmente, da zona de juridicidade. Por tal razão, inexistente um sistema consolidado, pois não há autonomia. A alopoiese acarreta, ainda, a existência de privilégios e exclusões ilegítimas do sistema jurídico e, assim, afirma-se que o sistema jurídico é dependente de outro código e, portanto, sofre uma corrupção sistêmica e, consequentemente, uma crise de identidade. As operações jurídicas do sistema jurídico em um Estado Constitucional, assim, são contaminadas por critérios

Além disso, em referências às críticas mencionadas, importa ressaltar que o sistema jurídico, na contextualização teórica de Luhmann, não é autonomamente fechado, visto que sua origem se dá no sistema social e que sua evolução procede-se a partir da comunicação com os sistemas que lhe permeiam (o próprio sistema social e seus subsistemas: político, moral, religioso, econômico).

Por isso, o direito, como sistema comunicativo, produz elementos jurídicos para si e para a sociedade e, “como tal, é fechado no sentido de que não pode produzir nada a não ser direito” e, também “no sentido de que suas operações são impermeáveis a comunicações diretas de outros sistemas sociais” (ROCHA; KING; SCHWARTZ, 2009).

Tanto a autopoiese quanto a heteropoiese são processos comunicativos. Ambas as operações estão vinculadas ao fechamento operacional, pois é o mecanismo sistêmico que favorece o desenvolvimento e a evolução do sistema, ao mesmo tempo em que lhe permite a operação de forma autônoma e a seleção das informações como válidas.

Desse modo, é equivocada a conclusão de que o fechamento operacional representa o total isolamento do sistema. O fechamento operacional não significa “ausência de ambiente” e a sua autonomia dos subsistemas não caracteriza sua autarquia (LUHMANN, 1980). Ao contrário, favorece uma abertura para o entorno sistêmico de modo que a operação circular de autopoiese pode ser interrompida pelo ambiente (NEVES, 2007). O fechamento operacional é pressuposto para a abertura cognitiva e para a conservação do sistema jurídico diante da complexidade e do dinamismo do sistema social.

É assim que o sistema jurídico, aberto ao ambiente que o circunda, qual seja o sistema social, apresenta predisposição ativa e reativa a qualquer interferência que seja codificada pelo direito (ROCHA, 2006). Isso significa que a legislação e as decisões judiciais podem, sim, receber influência de fatores políticos e sociais – o que

extrajurídicos que, incontrolavelmente, corrompem o processamento de casos jurídicos de acordo com critérios generalizados de constitucionalidade e legalidade, concretizados jurisdicional e administrativamente. O resultado previsível da alopoiese é a perda da identidade do sistema jurídico e, ainda, a supressão do código que lhe caracteriza” (CADEMARTORI; BAGGENSTOSS, 2011, p. 337-338).

indica que a autopoiese luhmanniana propõe a existência de um sistema jurídico *normativamente* fechado, mas *cognitivamente* aberto.

É pela abertura cognitiva do sistema jurídico, então, que se verifica a heteropoiese do mencionado sistema, funcionalidade do sistema jurídico igualmente descrita por Luhmann – apenas não tão divulgada, pois o próprio autor e seus estudiosos debruçaram-se com mais afínco às explanações sobre a autopoiese⁴³.

3.1.3 A legitimação luhmanniana e garantista do direito e do Estado: o ponto convergente no princípio da legalidade e a (des)necessidade de uma teoria de base

A legitimação do direito e do Estado pode ser analisada, a exemplo do explorado por Ferrajoli, por um ponto de vista externo e por um ponto de vista interno.

A legitimação referente ao ponto de vista externo representa a correspondência dos postulados políticos e jurídicos com as valorações ético-sociais. Já a legitimação de ponto de vista interno refere-se ao critério da validade.

3.1.3.1 Legitimação interna garantista e luhmanniana: o critério de validade e o princípio da legalidade

De acordo com o Garantismo Jurídico, o Estado de direito é instrumento oriundo das modernas Constituições e consubstancia-se (i) no plano formal, pelo princípio da legalidade, por força do qual todo poder estatal é subordinado às leis que disciplinam suas formas de exercício; (ii) no plano substancial, em relevo à funcionalização de todos os poderes do Estado à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, por meio da incorporação limitadora em sua Constituição dos deveres públicos correspondentes.

Dessa maneira, a legitimação interna divide-se em legitimação formal (tangente ao item “i”) e legitimação substancial (no que se refere

⁴³ “A partir de 1982, Niklas Luhmann, que anteriormente desenvolvera suas ideias segundo linhas funcionalistas parsonianas, deixou de conceber os sistemas como modelos de *input-output*, preferindo dar cada vez mais atenção às operações internas de autorreprodução (isto é, autopoiese)” (ROCHA; KING; SCHWARTZ, 2009, p. 78).

ao item “ii”). Assim, por tais fontes, o Estado de direito não apresenta, poderes desregulados e atos de poder sem controle, dado que todos os poderes são limitados por deveres jurídicos, no que concerne ao modo e conteúdo de seu exercício (FERRAJOLI, 2002).

Segundo Luhmann (1980), a legitimação interna ocorre quando há a correspondência entre as decisões (estatais, seja legislativa, judicial ou executiva) com o que está no sistema jurídico. Assim, a legitimação interna luhmanniana está pautada em procedimentos decisórios pré-definidos, os quais já contemplam, em si, uma carga valorativa disposta no sistema jurídico e, principalmente, pelo acoplamento estrutural.

Esses procedimentos decisórios pré-definidos estão presentes no sistema jurídico em razão de um longo processo complexo, em que se percebe a atuação tanto de fatores de seletividade e especialização das normas e instituições jurídicas, como de determinantes de ordem política e social.

Assim, a afirmação de que o direito é uma formação baseada estritamente no procedimento é equivocada, em parte: isso porque, sim, a inserção de novos elementos jurídicos deve passar pelo crivo do procedimento, mas tal procedimento, no Estado Democrático de direito, apresenta valores éticos institucionalizados – o que se refuta a conclusão de que Luhmann defende um positivismo puro. Contudo, deve-se alertar para o fato de que tais juízos axiológicos devem ser valorados pelo legislador, a fim de que seja processado regularmente o trâmite legislativo; e pelo magistrado, para se chegar a uma decisão ao caso posto ao exame jurisdicional.

Por mais que a legitimação do direito esteja nele mesmo, pelo respeito ao procedimento, em última instância, vê-se o procedimento do Estado democrático de direito em respeito aos bens defendidos e ansiados no contexto fático, como o são os direitos fundamentais – e conforme Luhmann os reconhece, de acordo com o explicitado no capítulo anterior. E isso não significa, propriamente, que o direito seja um fim em si mesmo, ou que o sistema jurídico é estabelecido do alto. Os sistemas sociais são formados pela comunicação havida entre os indivíduos e estes, em última instância, promovem a legitimação das normas jurídicas e de suas interpretações – notadamente pelo trabalho dos legisladores e dos julgadores⁴⁴.

⁴⁴ Ponto que será explanado com maiores detalhes no próximo capítulo. Há de

A configuração das normas e instituições dentro do sistema jurídico representa a positividade do direito e é concebida como a seletividade intensificada do direito. Dentre tais, tem-se destaque a positivação do postulado da legalidade, cuja positividade não é resultado direto da Constituição, mas consequência do “desenvolvimento social e está correlacionada com uma estrutura social que gera uma superabundância de possibilidades” (LUHMANN, 1983, p. 238).

Diante do dissenso conteudístico em face de valores e interesses sociais, o princípio da legalidade e seus respectivos procedimentos democráticos do Estado de direito são, além de uma exigência sistêmico-funcional, uma imposição ética da sociedade moderna, em consideração à complexidade e dinamismo da sociedade.

É por tal razão que Luhmann justifica a não adoção de uma moral única na teoria dos sistemas: os procedimentos democráticos devem ser legitimados em uma esfera pública pluralista a qual lhe seja propícia uma fundamentação moral de acordo com sua necessidade. Isso porque é o Estado de direito deve propiciar um espaço de legalidade, cujos procedimentos estejam disponíveis aos diversos modos de agir e vivenciar sociais. Com isso, são admitidos todos os argumentos e opiniões, majoritárias ou minoritárias (NEVES, 1996).

Portanto, os procedimentos do Estado de direito não servem à construção do consenso jurídico-político em relação a valores e interesses. É exatamente o contrário: promovendo o intermédio do “consenso quanto ao procedimento e dissenso com relação ao conteúdo” (NEVES, 1996, p. 99), o Estado de direito Democrático propicia a reciprocidade de respeito às diferenças da sociedade contemporânea, caracterizando-se a Constituição como base de legitimação interna.

É por isso que, na senda descritiva, Luhmann afirma que uma teoria legitimatória é desnecessária.

se destacar, porém, que Luhmann não esclarece a vinculação entre a comunicação dos indivíduos mencionados com a funcionalização do sistema jurídico.

3.1.3.2 Legitimação externa garantista e luhmanniana: a (des)necessidade de uma teoria legitimatória do direito e do Estado

Na compreensão garantista, a legitimação do Estado, como instrumento fundado em finalidades sociais, dá-se, tão-somente, com o fundamento de garantir os direitos fundamentais do cidadão. A ilegitimidade política do Estado é observada, portanto, quando tal instituição não prover tal garantia (FERRAJOLI, 2002). Pelo mesmo entendimento, é justificada a legitimidade do direito, que é um artifício criado em prol dos indivíduos e como instrumental de tutela dos direitos fundamentais diante das arbitrariedades.

Ao sustentar que os direitos fundamentais representam direitos pré-políticos por não serem considerados produto do Estado, Ferrajoli adota a concepção do jusnaturalismo, estritamente no que se refere à caracterização dos direitos naturais como fundadores de razão de ser da entidade estatal, servindo de “parâmetros externos e objetivos de sua organização, delimitação e disciplina funcional” (FERRAJOLI, 2002, p. 707).

Como teoria base legitimatória de fonte externa, Ferrajoli também emprega o contratualismo hobbesiano, do qual se extrai que o Estado é um produto fabricado pelos indivíduos, projetado pela proteção e defesa destes (FERRAJOLI, 2002). De tal compreensão, extrai-se a legitimação formal interna com o postulado da legalidade, que fundamenta a concentração e monopolização da força por meio de procedimentos legais, em decorrência da sua definição por prévias regras de competências dadas pelos entes estatais (GABARDO, 2003).

Ademais, reconhece-se que os direitos naturais também não existem por si, apenas com a configuração do Estado e do direito, com base em um consenso entre os humanos.

Diante disso, Ferrajoli estabelece que a legitimidade dos comandos do Estado e do direito deve ser conferida pelo ponto de vista externo, sob uma perspectiva filosófico-política – tal é a legitimação externa.

Luhmann (2004, p. 33), relativamente a tal ponto, explica seu entendimento com a narração intitulada “Restituição do Décimo Segundo Camelo”: um problema matemático que traz o questionamento sobre (des)necessidade de fundamentação do Estado e do direito.

Essa história relata que um rico beduíno repartiu seu patrimônio póstumo por testamento, contemplando seus três filhos e tendo como objeto camelos. Restou estabelecido no testamento, então, o seguinte: metade dos camelos ao filho primogênito, Achmed; um quarto dos camelos ao segundo filho, Ali; e um sexto para Benjamin, o filho mais novo. Contudo, em razão de intempéries financeiras, o número de camelos foi reduzido consideravelmente antes da morte do genitor e, quando veio a falecer, remanesciam apenas onze camelos. Como Achmed reivindicou uma quase metade útil desse número (seis camelos), os outros protestaram diante da aparente injustiça. Perante um juiz, este fez a oferta de acrescentar um camelo do próprio juiz aos onze da herança, considerando que seria restituído, “se Alá quiser, o mais rápido possível”. Com doze camelos, Achmed recebeu seis, Ali recebeu três e Benjamin, dois. Desse modo, onze camelos foram partilhados e o décimo segundo foi devolvido.

Com tal narração, Luhmann inquire se o décimo segundo camelo seria mesmo necessário, em questionamento acerca da sua (in)utilidade: para o cálculo, o décimo segundo animal foi útil; no entanto, na partilha, apenas os onze camelos iniciais foram utilizados.

A metáfora traça, portanto, um paralelo com a (des)necessidade da fundamentação última do direito e, também, do Estado. A exemplo, Luhmann (2004, p. 33) assevera que é possível identificar o décimo segundo camelo à norma hipotética fundamental de Hans Kelsen. Contudo, “a validade unicamente hipotética de tal norma ou sua fundamentação” por um argumento de indispensabilidade construtiva “gera essa ambivalência própria do camelo emprestado (*Leihkammel*), e, por isso, não necessita ulteriormente de grande ajuda”. Nesse compasso, a proposição de uma norma fundamental (ou de qualquer fonte de legitimação) deve-se a uma instância exterior, que, na compreensão luhmanniana, é a ciência, e que assim pode permanecer como uma hipótese – apesar de ela continuar a possuir uma função normativa diretriz de operações.

O fundamento último do direito, tal como valores externos à positividade do sistema jurídico, é vinculação inútil à Teoria dos Sistemas, tendo em vista que a dependência a algo externo da estrutura sistêmica caracterizaria a sua alopoiese e caracterizaria o jurídico como aberto a interferências prejudiciais e a respectivas corrupções. Isso

porque, lógico, Luhmann trabalha com o prisma descritivo da sociedade e do direito.

Nesse sentido, a Constituição representa o critério comunicativo último para a legitimidade do direito e do sistema político: a partir do momento em que as representações moral-legitimadoras aos domínios da sociedade estão positivadas no sistema jurídico, as decisões jurídicas não podem mais fundamentar-se em outros elementos externos.

Assim, a legitimação do sistema jurídico luhmanniano dá-se em razão de sua positividade não estar vinculada diretamente a nenhum outro sistema social (política, economia, religião), mas sim ao seu acoplamento estrutural, que é a Constituição. Por tal motivo, os critérios internos para o estabelecimento de normas jurídicas e para a aplicação do direito são encontrados no direito Constitucional (NEVES, 2007).

Logo, a Constituição atua como critério interno do sistema jurídico para “aplicação do código lícito/ilícito ao procedimento legislativo, determinando como e até que ponto o sistema jurídico pode reciclar-se sem perder sua autonomia operacional”. É por isso que se faz a positividade como autodeterminação operativa do direito, pois “sistema jurídico utiliza a Constituição como paradigma último à diferenciação entre o aquilo que é direito e aquilo que não o é” (NEVES, 2007, p. 67).

A única forma de legitimação prevista e sustentada na teoria luhmanniana é, portanto, a legitimação interna, tendo em vista que a legitimação externa, no entendimento de Luhmann, em que pese ser útil, não é necessária. Nesse ponto, sedia-se a complementariedade deste trabalho, o qual propõe o delineamento de uma legitimação externa, sob a formação da legitimação interna, conforme será demonstrado ainda neste capítulo.

Por ora, parte-se para a leitura da teoria luhmanniana e para a verificação das críticas até aqui expostas.

3.1.4 Críticas ferrajolianas e a compreensão de uma teoria sob o método de seu autor

Luhmann e Ferrajoli não compartilham da mesma conotação de sociedade: na acepção deste, a sociedade representa um grupo de

indivíduos; para aquele, a sociedade, ou sistema social, é um sistema de comunicações formado por um grupo de indivíduos.

Por conseguinte, o grupo de indivíduos forma, por meio de comunicações, o sistema social, o qual, por sua vez, mediante especializações e diferenciações, origina outros elementos comunicativos específicos, que se juntam em subsistemas: políticos, econômico, jurídico, etc. O sistema social, portanto, torna-se o ambiente dos outros sistemas especializados.

Diante disso, é enganosa a afirmação de que o ser humano é considerado meramente ambiente e sem nenhuma importância ao sistema social. O indivíduo tem um papel para a teoria sistêmica, que é o de formar o ambiente social por meio da comunicação e, como tal, não se confunde com ele. Por esse mesmo motivo, equivocada é qualquer assertiva de que o indivíduo não contribui para o sistema social. Na verdade, o indivíduo é tanto o formador do sistema como seu propulsor; contudo, Luhmann equivoca-se ao omitir a importância do sujeito em tal ponto, como se fosse um elemento inerte ou passivo da estrutura sistêmica social.

Retomando a crítica ferrajoliana, como corolário, a apreciação acerca da dominação do sistema social pelo sistema político também apresenta falhas. O sistema social, como conjunto de elementos comunicativos que formam o ambiente do sistema político (e não como grupo de indivíduos), perceberá as decisões procedidas no sistema político, assim como se verificará no sentido contrário. Pela circularidade das relações de uma estrutura sistêmica, observar-se-á que as ações de um sistema poderão caracterizar reações em outro sistema, sem que, com isso, possa-se inexoravelmente afirmar que haja uma dominação de uma estrutura por outra. E, mesmo que assim o seja, conforme os postulados descritivos de autopoiese e heteropoiese, a dominação de um sistema pelo outro representaria a crise da estrutura dominada e, finalmente, a sua perda de identidade e diluição no ambiente.

Assim, considerando que o ambiente é o próprio sistema social, é inviável a hipótese, pela teoria luhmanniana, de que um produto seu, tal como é o subsistema político, venha a dominá-lo e extingui-lo. Aqui, ainda, salienta-se que a inexistência, prevista por Luhmann, de um ponto de vista ético-político externo que promova a teorização da ação

legitimatória do direito e do Estado não indica que o sistema político possa dominar ou modificar a sociedade.

Sob tal aspecto, Ferrajoli acusa Luhmann de negar que a legitimação fundada no indivíduo sustenta a ausência de limites aos poderes do Estado, sendo possível, assim, o cometimento de quaisquer arbitrariedades por parte de quem detenha o poder político.

Tal pontuação é equivocada sob a perspectiva descritiva. De plano, argumenta-se que a ausência de uma teoria de legitimação não implica a ausência da própria legitimação – que é o que se propõe neste trabalho. Em seguida, conforme propriamente explicado por meio de uma metáfora pelo autor sistêmico, uma teoria de legitimação externa é, na teoria dos sistemas, tida como inútil. E, aqui, justifica-se: as correntes legitimatórias existentes são hipotéticas, quer dizer, o próprio ato de legitimação é uma hipótese não verificada no mundo fático; e a legitimação do direito e do Estado, assim como dos outros subsistemas sociais, é conferida pelo próprio indivíduo, no momento formativo da comunicação e da assunção (mesmo que tácita) da continuidade das decisões existentes. Aqui, também, advém a proposta desta tese de ofertar a necessidade de uma teoria legitimatória externa.

Além disso, a barreira da legitimação interna, que é o acoplamento estrutural, qual seja a Constituição, é a interface sistêmica que une o sistema político e o sistema jurídico, e representa tanto os direitos dos indivíduos, quanto os limites do poder político. Nesse entendimento, é a Constituição a baliza principal para as operações sistêmicas do direito e do Estado.

É por isso que também se vê estranha a assertiva de que os indivíduos seriam subsistemas subordinados ao todo estatal (direito e Estado). Em similar equívoco é o apontamento de que há prevalência do ambiente sobre o sistema, em que o sistema político é que deve conservar-se às expensas do sistema social. Repita-se que, em razão da circularidade das relações sistêmicas, a interdependência é mútua: o ambiente criou os subsistemas, que não deixaram de subsistir em virtude do sistema social e, em última instância, em razão dos indivíduos.

Diante disso, a Teoria dos Sistemas é uma proposta de abordagem descritiva plena acerca do funcionamento das comunicações em sociedade. No entanto, não constrói, com relevância, nenhuma

estrutura de pensamento prescritiva. E isso pode ser justificado em razão da ausência do sujeito como variável do dinamismo sistêmico.

Apresentadas, portanto, as falhas das críticas tecidas contra o pensamento luhmanniano, é possível, ainda, apontar convergências, de ordem descritiva, entre as construções teóricas aqui confrontadas. Todavia, na ordem prescritiva, remanesce a limitação da Teoria Sistêmica, no tocante, especialmente, à fundamentação do sistema descrito, bem como no se refere à importância do sujeito na formação da comunicabilidade entre as estruturas sistêmicas – aspectos que são trabalhados no próximo capítulo.

3.1.4 Convergências descritivas basilares entre as teorias garantista e luhmanniana

Ambas as construções teóricas, no âmbito descritivo, primam pela incolumidade do direito e pela observância à validade das normas. Assim, especificamente, percebe-se uma aproximação entre o Garantismo Jurídico e a Teoria dos Sistemas no tocante à formação histórica da Constituição contemporânea, à difusão da esfera moral e à importância dos direitos fundamentais para a ordem jurídica.

3.1.4.1 Constituição, a interpretação constitucional e a moral

Em contraposição ao pensamento jurídico de que as Constituições são produto de uma construção planejada, os juristas contemporâneos apontam que tal processo não é realizado com base em um processo único, que tenha acontecido em uma só oportunidade, mas sim por meio de um replanejamento pela interpretação e eventualmente pela mutação constitucional. E, em tal posição, encontram-se Luhmann e Ferrajoli.

Segundo Luhmann, a Constituição, tanto por seu aspecto jurídico quanto sob o político, é um dispositivo destinado a diferenciar a autorreferenciabilidade da heterorreferenciabilidade nas operações internas ao sistema (LUHMANN, 1996), as quais são realizadas ao longo do tempo e do espaço, representando e acarretando diversas possibilidades dentro e fora do sistema jurídico. Nesse compasso, a Constituição é o resultado de um desenvolvimento evolutivo, uma

aquisição evolutiva que nenhuma intenção pode apreender com precisão.

Por tal configuração,

[...] após a diferenciação do sistema social haver posto novas exigências sociais à autodescrição tautológico-paradoxal dos sistemas funcionais e suscitado as correspondentes perturbações, a invenção da Constituição, e que de todo modo a ela se coligam fragmentos de tradição, é a chave de retorno desse edifício. E a partir daí é reorganizado o material estrutural e semântico disponível naquele momento (LUHMANN, 1996).

Como um sistema autopoético, o direito, não dependente de outros códigos, reporta-se ao seu próprio procedimento de formação de normas, no qual se destaca a contribuição kelseniana das normas que regulam a produção de outras normas. Como uma estrutura heteropoética, o direito pode adotar elementos advindos de outros códigos (política, economia, moral), por meio de procedimentos específicos de regulação, quais sejam os processos judicial, legislativo e administrativo. Localizada na interface de ambos os sistemas, a Constituição é elemento fundamental para a autopoiese e a heteropoiese do direito e da Política e mantém fortalecidas as identidades de cada estrutura sistêmica.

A Constituição, em tal estrutura, é o acoplamento estrutural entre os sistemas jurídico e político: determina os limites de exercício do sistema político e tutela os direitos fundamentais. Assim, é instrumento imprescindível para o funcionamento do sistema político (binômio governo/oposição, ou poder/não poder) e do sistema jurídico (código lícito/ilícito). Além disso, expressa as mais diversas tendências ideológicas, de modo a tutelá-las e garanti-las, de forma que o intérprete pode verificar as expectativas normativas sem reduzir as possibilidades de opção, ou seja, sem forçar a redução da complexidade da sociedade contemporânea.

Ademais, a Constituição estabelece as instituições políticas, determina a separação dos poderes, estabelece o processo de

representação política, impondo o respeito ao processo democrático e instrumentos contra arbitrariedades.

No tocante à interpretação das normas constitucionais e às investidas de fundamentação de cunho moral (o qual não se limita a valores), o pensamento luhmanniano indica que, em tal, há um jogo de referência à sociedade em seu complexo, no qual não é possível distinguir o direito da política. Diante disso, o intérprete não pode ser compelido a admitir a influência de concepções e intenções operativa de natureza de qualquer outro código sistêmico⁴⁵. Nesse trilhar,

[...] é fácil reconhecer que através dos valores fundamentais e postulados morais as margens de interpretação são dilatadas e a estrutura, pela qual todo o ordenamento jurídico deve ser controlado com critério direito/não-direito, é gravada por notáveis incertezas. Também nesse caso, há dois sistemas estruturalmente acoplados e que por isso tendem reciprocamente a entrar em atrito. Para não aparecer como política, a interpretação da Constituição torna incerto o ordenamento jurídico (LUHMANN, 1996).

Em que pese a moral aparente ser inevitável, a insistência em sua utilização na fundamentação de um ato interpretativo indica a ingenuidade de se considerar a própria moral um bem. Isso porque a moral, em si, não é certa ou errada, e sua rotulação como tal representa um erro lógico facilmente intuitivo. É por isso que a Constituição, como mecanismo de acoplamento estrutural, é o ponto de partida aos juristas para quem a tese de moralização das decisões judiciais não é uma alternativa⁴⁶.

Assim, em convergência ao pensamento garantista, a teoria luhmanniana infere a interpretação do sistema jurídico sem a influência de fatores externos à estrutura sistêmica, de forma a não confundir o direito, a economia, a política ou qualquer outro sistema. Sua descrição,

⁴⁵ Assim como na fundamentação garantista e no ponto de vista externo e interno.

⁴⁶ Ainda: “essa via só é percorível de modo reflexivo. A moral, no entanto, como forma de observação, de descrição e de juízo, não é mais do que a distinção dos comportamentos em bons e maus” (LUHMANN, 1996).

portanto, assim como é a de Ferrajoli, é de aplicação do direito sem a interferência de questões não jurídicas.

Conforme Ferrajoli (2014), a Constituição é oriunda de um processo histórico, político, social e jurídico que culminou no Estado Constitucional de direito e é representada pela ideia de submissão dos poderes públicos a uma série de normas superiores que positivam os direitos fundamentais.

Em tal trilhar, a Constituição vincula a política à execução do projeto por ela estabelecida – não reduzindo o sistema político, mas pontuando-o diante de uma pluralidade indeterminada de mundos constitucionalmente possíveis (FERRAJOLI, 2008).

No entanto, Ferrajoli reconhece que as decisões judiciais podem ser fundamentadas tanto pelo ponto de vista interno, que representa a operacionalidade do direito, quanto pelo ponto de vista externo, o qual se refere ao espaço de discricionariedade que detém o julgador para posicionamentos ético-políticos. É o reconhecimento, como já explicitado, da possibilidade de interferência subjetiva da historicidade do magistrado no exercício de sua função decisional.

No processo de fundamentação, a inferência indutiva condiz a um caso sob o exame do órgão jurisdicional, a inferência dedutiva coaduna-se com o ponto de vista interno da fundamentação da decisão judicial, e a terceira inferência, o silogismo prático, consistirá no âmbito de discricionariedade do intérprete.

Há, desse modo, um pequeno espaço no processo decisório que pode caracterizar redundar a articulação de elementos não jurídicos no ato jurisdicional. E, como o magistrado é humano, não lhe é exigido atuação diversa, somente que se esforce para evitar o predomínio de preferências pessoais sobre os ditames jurídicos.

Como corolário, é possível deduzir, então, que o espaço da discricionariedade, sustentado por Ferrajoli, pode conter, na sua concretização, elementos de ordem moral, assim como argumentos de códigos econômicos, políticos, sociais.

Do explanado, contrasta-se tal panorama com o espectro teórico equivalente de Luhmann.

O pensamento jurídico luhmanniano, igualmente, assevera que as operações do sistema jurídico, sobretudo o ato decisório dos tribunais, são autorreferenciais; ou seja, no momento da operação do sistema referido, a produção de um novo ato dá-se por reprodução,

pautada pela referência aos próprios elementos comunicativos – o que se assemelha à compreensão de ponto de vista interno garantista.

De outro lado, considerando que o sistema jurídico é cognitivamente aberto, indica-se a sua relação de conhecimento com os demais sistemas sociais, o que possibilita a inserção de novos elementos (elementos não jurídicos), os quais serão performados pelo código do direito. Assim, há a similaridade com o ponto de vista externo explicitado.

Ademais, em virtude da hipercomplexidade da sociedade, moldada pela diferenciação funcional, a moral (e seu código respeito/desprezo) não consistiria em sistema próprio em razão do desaparecimento de sua característica hierárquica. Apesar disso, os elementos morais remanescem difusos entre os elementos de todos os sistemas sociais, reproduzindo-se de modo fragmentado e sem a construção de generalização congruente de expectativas. Por conseguinte, vislumbra Luhmann (1998) a possibilidade de que as operações sistêmicas funcionem a partir de ou apesar dos códigos morais – o que, por sua vez, permite deduzir a viabilidade de que as operações jurídicas possam conter elementos de ordem moral.

Ainda, haja vista a heterorreferencialidade dos sistemas sociais, especialmente do sistema jurídico, vislumbra-se a opção de sua funcionalidade cognitiva tolerar a inserção de elementos não jurídicos em suas operações jurisdicionais e legislativas. Assume-se, assim, na expressão garantista, o espaço de discricionariedade estatal.

3.1.4.2 Direitos fundamentais

Da perspectiva sistêmica, os conteúdos normativos dos textos constitucionais não são arbitrariamente escolhidos. No acoplamento estrutural – que é a Constituição –, as normas procedimentais ocupam um lugar imprescindível, eis que é por meio da observação dos procedimentos do sistema político que se mantém a identidade do sistema jurídico e as exigências do sistema político. Nesse compasso, o texto constitucional traz o postulado da democracia, o qual deve ser exercido por meio de tais procedimentos.

Para evitar que exigências políticas de um modo excessivamente direto (como as normas de natureza ideológica nos Estados socialistas ou a predominância dos interesses de segurança

militar no direito constitucional – não escrito – de Israel), as normas jurídicas constitucionais devem permitir ao “sistema jurídico reconhecer a legalidade em quase todas as formas do agir político” e, ainda, que “toda decisão acerca da constitucionalidade-inconstitucionalidade do sistema político indica como se deve descrever qualquer tipo de decisão de modo a se encaixar na jurisdição constitucional” (LUHMANN, 1996).

É nesse panorama que os direitos humanos são delineados e dotados de autonomia suficiente para representarem um rol de direitos específicos do sistema jurídico e, também, são circunscritas “as regras procedimentais (eleitorais, por exemplo) que garantem o papel político dos interesses de um modo politicamente não direcionável” (LUHMANN, 1996), sem a obrigatoriedade política de legitimá-los pertencentes a uma hierarquia de valores precedentes.

A Constituição Democrática de direito, como acoplamento estrutural entre política e direito, é responsável pelos seus reingressos (*re-entry*), mecanismo de autonomia de cada um desses sistemas, e institucionaliza, portanto, o procedimento eleitoral, a divisão de poderes e os direitos fundamentais:

Aqueles configuram exigências primariamente políticas, estes, jurídicas. Trata-se, porém, de instituições inseparáveis na caracterização do Estado Democrático de direito. Assim é que a eleição como procedimento político importa o voto como direito fundamental, a “divisão de poderes” e, portanto, o controle jurídico da política mediante, sobretudo, as garantias fundamentais contra a ilegalidade do poder (NEVES, 2013, p. 102).

Os direitos fundamentais são, consequentemente, o produto do direito diante da diferenciação funcional da complexidade da sociedade (NEVES, 2013). Frisa-se, ainda, que a institucionalização dos direitos fundamentais representa a imunização da sociedade em face das probabilidades de um totalitarismo simplificador da complexidade social e é um “antídoto ao perigo da politização”⁴⁷, evitando-se a

⁴⁷ Ou seja, prevalência imediata e absorvente dos critérios políticos em todas as

sobreposição, em detrimento do código jurídico, do código poder/não poder e demais códigos de preferências (verdade/falsidade, ter/não-ter, amor/desamor, belo/feio, consideração/desprezo, transcendente/imanente) (NEVES, 2013, p. 102).

Inclusive, a expansão do poder estatal é impedida por tal instituição⁴⁸, a qual, ainda, limita o poder e fortalece o sistema jurídico perante o sistema político e as discussões sobre questões de outros sistemas sistêmicos.

No Garantismo Jurídico, os direitos fundamentais também representam uma construção histórica, iniciada pela tutela do direito à vida, seguida pelo alargamento de proteção a outros direitos afirmados como fundamentais, como os direitos civis e de liberdade, em virtude do pensamento iluminista e das revoluções liberais das quais nasceram as primeiras declarações de direitos e as primeiras constituições. Posteriormente, instituíram-se os direitos políticos, afirmados com o sufrágio e a capacidade política e, ainda, o direito de greve e direitos sociais nas constituições do século passado, chegando à atualidade com os direitos à paz, ao meio ambiente e à informação – os quais, ainda, não foram constitucionalizados, apesar de requeridos (FERRAJOLI, 2011).

Nessa direção, os direitos fundamentais representam uma garantia dos indivíduos da sociedade complexa diante do possível cometimento de arbitrariedade pelo poder estatal. Assim, são-lhe limitadores, caracterizando-se como fontes de invalidação e de deslegitimação, e também de legitimação (FERRAJOLI, 2011).

Em que pesem os esclarecimentos a propósito das críticas à teoria luhmanniana e as convergências anteriormente traçadas, é importante reconhecer as limitações da Teoria dos Sistemas no que tange à sua funcionalidade e, especialmente, à sua rude objetividade perante a realidade das operações dos sistemas sociais – o que é bem trabalhado por Habermas, que identifica a necessidade de se considerar o sujeito na estruturação do sistema jurídico, conforme se explica a seguir.

esferas de comunicação: ciência, economia, amor, arte, moral, religião, direito, família, educação, etc.

⁴⁸ Sobre esse ponto, Neves equipara a tendência expansiva de Leviatã, pelo Estado, ao freio ativo de Têmis, com os direitos fundamentais.

3.2 CRÍTICA DE JÜRGEN HABERMAS⁴⁹ À TEORIA DOS SISTEMAS

De outro polo, é imprescindível perscrutar a crítica de Habermas à teoria dos sistemas de Luhmann, pois, após esse caminho, ter-se-á a verificação da importância do sujeito e da intersubjetividade para a legitimação externa do sistema jurídico.

Com base em uma percepção mais delineada do pensamento luhmanniano, Habermas (1997) afirma que a Teoria dos Sistemas pode ser considerada uma crítica ao direito, a qual, em uma linha funcionalista, descreve como se resulta a prática de decisão normativa e a doutrina do direito a partir do resultado de processos fáticos de manutenção autodirigida de um sistema social parcial.

Em seguida, estrutura a teoria sistêmica luhmanniana em três definições estratégicas: a primeira se refere à redefinição da qualidade deontológica das normas jurídicas, proposta com o fim de se tornar acessível a uma análise puramente funcional⁵⁰; a segunda, indica que o modelo de sistema jurídico, diferenciado, funcional e inteiramente autônomo representa a tradução da teoria positivista; e a última, condiz com a explicação da legitimidade pela legalidade.

Na primeira consideração, Habermas explana que a teoria dos sistemas suprimiu o caráter deontológico, obrigatório, das expectativas de comportamento, normativamente generalizadas. E assim o faz eliminando “o sentido ilocucionário dos mandamentos, das permissões e das proibições e, com isso, a eficácia vinculante específica destes atos de fala” (HABERMAS, 1997, p. 222)⁵¹.

⁴⁹ Filósofo alemão da Escola de Frankfurt, Jürgen Habermas, em seus estudos, retoma uma das bases do contratualismo iluminista ao afirmar que o sujeito forma a sociedade civil e precede o Estado. Esse sujeito, assim, é carente em sua natureza e encontra sua concretização e a verdade do mundo objetivo na relação intersubjetiva. Assim, a concepção de sujeito habermasiana acontece no meio social, espaço em que o sujeito adquire consciência de si mesmo pelo do outro, ao desenvolver, pela linguagem, uma interação reflexiva.

⁵⁰ Em que as prescrições sobre a atuação do magistrado e do legislador se orientam, somente, para a manutenção da funcionalidade do sistema.

⁵¹ “Pois [Luhmann] reinterpreta expectativas normativas de comportamento, no quadro de uma teoria da aprendizagem, tomando-se como variantes de

Por consequência, a função das normas jurídicas passa a ser uma descrição de expectativas permanentes e imunizadas contra decepções, razão pela qual se percebe a deficiência cognitiva⁵².

Nesse ponto, alerta Habermas (1997, p. 223) que:

[...] sob esta descrição empírica, as expectativas normativas aparecem como expectativas dogmatizadas, imunes à aprendizagem. E, uma vez que a recusa a uma adaptação ou aprendizagem é repleta de riscos, as expectativas normativas têm que respaldar-se numa autoridade especial a ser asseguradas através da institucionalização estatal e da ameaça de sanções, ou seja, têm que ser transformadas em direito. Quanto mais complexas as sociedades se tornam, tanto mais o sistema jurídico sofre pressão para se transformar.

Em referência à explicação da legitimidade pela legalidade, Habermas (1997, p. 223) afirma que “um sistema jurídico diferenciado não pode romper a circularidade própria dos códigos jurídicos autônomos e recorrer a argumentos legitimadores situados fora do direito”. Os destinatários do direito, então, seriam obrigados à obediência e entre os especialistas apenas administrariam o direito de modo não crítico.

Por conseguinte, deduz-se que, com relação aos destinatários, os processos institucionalizados da aplicação do direito vigente teriam a função de inibir o desejo de conflito dos clientes, absorvendo as decepções. No trâmite de um processo, os temas conflitivos perderiam a relevância que têm no mundo da vida e seriam reduzidos a pretensões meramente subjetivas⁵³. Por fim, então, aquele destinatário que

expectativas meramente cognitivas que se apoiam em prognoses, não em autorizações” (HABERMAS, 1997, p. 222).

⁵² Aqui, a deficiência cognitiva diz respeito à ausência de significado na norma luhmanniana *de per se*, considerando que há uma cognição que se refere à abertura cognitiva, sendo restritivamente relacionada ao sentido do código do sistema jurídico – o qual, por sua vez, será interpretado pelo sujeito, conforme explicado adiante.

⁵³ Desse modo, as normas jurídicas passam a ser objetos fins do direito.

intentasse resistência, seria isolado e despolitizado (HABERMAS, 1997).

Nas palavras de Habermas (1997, p. 225),

[...] não se trata, pois, de produzir um consenso, mas da impressão exterior de que existe uma aceitação geral, ou de que é provável a suposição desta aceitação. Por ponto de vista da psicologia social, a participação em processos jurídicos tem algo de desconcertante, pois gera a impressão de que os decepcionados não podem apelar para um consenso institucionalizado, pois são obrigados a aprender.

Dessa forma, se a aplicação e a observância do sistema jurídico deve manter a fé em sua legitimidade, “os processos jurídicos têm que ser interpretados como institucionalização de deveres de fundamentação e de argumentação” (HABERMAS, 1997, p. 225).

Habermas (1997) ainda lembra que, para o ponto de vista funcionalístico, a argumentação pode ser descrita como o conjunto de argumentos utilizados pelos juristas para que eles possam “entregar-se à ilusão de que não estão decidindo a seu bel-prazes”. Por essa razão, Luhmann não acreditaria que os argumentos tenham uma força racional motivadora, haja vista que a argumentação justificaria “as decisões e não (a coerção para) as decisões” (HABERMAS, 1997, p. 225).

Com base nessas premissas, Habermas detalha as críticas à teoria luhmanniana, especialmente sobre a autonomia do direito e acerca da ausência da consideração da ação racional⁵⁴ no funcionamento do sistema jurídico.

Haveria uma incoerência no fato de Luhmann afirmar que o sistema jurídico apresenta um fechamento operativo e, assim, somente tal estrutura sistêmica opera com tal código e com nenhum outro mais (HABERMAS, 1997). Contudo, conforme já enfrentado na oportunidade da refutação de crítica similar lançada por Ferrajoli, Luhmann refere-se ao direito como um sistema operativamente fechado,

⁵⁴ Ação voltada a uma determinada orientação, seja o sucesso, seja a comunicação, conforme será explanado mais detalhadamente no próximo tópico.

mas cognitivamente aberto, o que significa que há a possibilidade de códigos de outros sistemas serem utilizados nas operações do sistema jurídico.

Nesse ponto, importa destacar que Habermas reconhece que, se for considerada somente a racionalidade do próprio sistema jurídico, será alcançada a sua independência, tal como propunha Max Weber. Mas, tendo em vista que “o direito se relaciona internamente com a política e com a moral, a racionalidade do direito não pode ser questão exclusiva do direito” (HABERMAS, 1997, p. 230).

Em outro ponto, à crítica tangente à ausência da consideração da ação racional é conferida maior explanação, em virtude do entendimento de que é relevante e acertada.

Habermas (1997, p. 225) explana que a diferenciação bem sucedida do sistema jurídico, promovida por Luhmann, é justificada pela complexidade da sociedade moderna, a qual impõe ao sistema jurídico atos de adaptação e “a adoção de um novo estilo cognitivo, isto é, de uma prática de decisão mais flexível, sensível ao contexto e disposta a aprender”. Mas alerta que “esta passagem das tarefas da garantia normativa de expectativas generalizadas de comportamento para tarefas da regulação sistêmica” (HABERMAS, 1997, p. 225) não devem representar uma ameaça à identidade do próprio sistema jurídico.

O risco à identidade do direito e à sua autonomia subsiste, então, com a internalização de uma descrição neutra, desenvolvida no estilo de Luhmann, a qual promove a dissolução cínica da consciência normativa entre os especialistas jurídicos (HABERMAS, 1997).

Contra isso, é necessária a conscientização de que, inicialmente, “o desenlace dos processos judiciais é indeterminado somente no sentido de que ele não pode ser prognosticado a partir de situações jurídicas claras” (HABERMAS, 1997, p. 228). E isso se deve ao fato de que não é o texto normativo que determina a conclusão de um processo:

Nas frestas da decisão dos juízes, imiscuem-se argumentos; e, através de preconceitos sociais e opiniões ingênuas, que se cristalizam em ideologias profissionais, introduzem-se interesses não confessos, ao invés de bons argumentos (HABERMAS, 1997, p. 229).

Nesse sentido, verifica-se uma disfunção do sistema jurídico, o qual não é capaz de fornecer, *de per se*, uma direção conclusiva para a análise de um caso judicial; bem como não detém autonomia operacional para produzir normas adequadas para corresponder à eventual demanda social. Essa é a tarefa dos magistrados e legisladores, cuja função é desconsiderada no pensamento sistêmico luhmanniano.

Para a realização da operação decisória e legislativa, integra-se a argumentação jurídica, cuja prática somente é possível se for alicerçada em suposições de racionalidade e utilizada contra a prática existente (HABERMAS, 1997), a qual considera a referência pessoal dos sujeitos atuantes nessas operações.

Nessa linha de raciocínio, pode-se supor que não é o procedimento que confere legitimação à instituição direito, mas é o argumento decisivo para a função legitimadora dos processos.

E, para a argumentação, faz-se necessária a consideração da ação racional e da intersubjetividade.

3.2.1 A intersubjetividade habermasiana e a objetividade luhmanniana

Habermas elege a intersubjetividade como a condição imprescindível para a razão comunicativa e a construção de uma sociedade pautada na democracia deliberativa⁵⁵. Para tanto, deve-se alcançar uma concepção racional-procedimental ou ético-discursiva a fim de se superar representações pré-convencionais e convencionais da sociedade e se desenvolver uma moral universal, pós-convencional. A par disso, constrói-se o consenso com o intento de se produzir um código jurídico universal, com respeito à heterogeneidade do Estado Democrático de direito.

⁵⁵ Também denominada de política procedimentalista, a democracia deliberativa é apresentada como um modelo democrático máxime da igualdade e da liberdade, em que a legitimidade das decisões políticas consubstancia-se com a equivalência de seu conteúdo à comunicação valorativa existente antes da instituição do Estado. Assim, o direito é formado após a comunicação do grupo social, e o Estado, por sua vez, é formado após a instituição das normas jurídicas, com o escopo maior de lhes dar executibilidade e eficácia, de modo que sua manutenção ocorra com a retroalimentação desse procedimento (BAGGENSTOSS, 2011).

Por tal ritmo, é a intersubjetividade que promove o processo de entendimento na comunicação, caracterizada pelo entendimento e coesão social. O autor marca, assim, o paradigma do entendimento mútuo, com a mudança do parâmetro do sujeito pensante para a produção consensual, diante do esgotamento da filosofia da consciência. Renova-se, assim, o projeto da filosofia do sujeito – estudado desde Hegel até Nietzsche, Derrida e Foucault – com a inclusão do outro na formação da relação intersubjetiva.

Nesse panorama, Habermas estruturou a reconstrução de um projeto de comunicação fundamentado em uma intersubjetividade não-coercitiva baseada no reconhecimento recíproco a partir de um agir comunicativo⁵⁶. Portanto, em uma abordagem sociológica, defende a integração social pela relacionalidade de referências em comum, a qual chama de mundo da vida.

Luhmann, ao contrário, consoante explanado no Capítulo 2, sustenta a formação da sociedade moderna em uma hipercomplexificação social resultante da diferenciação funcional dos

⁵⁶ Referência à ação racional comunicativa, a qual, ainda, deu azo à teoria do agir comunicativo. Habermas, partindo da Teoria dos Atos de Fala de John Austin (HABERMAS, 2002a, p. 115) e fazendo distinção entre os atos da fala que possuem o objetivo de comunicação e os atos da fala que não apresentam tal intento, promove a diferença entre atos ilocucionários e atos perlocucionários. Sua fundamentação inicial origina-se na afirmação de que o ato de dizer algo é um ato locucionário e consiste em proferir certos sons (denominado ato fonético), articulando-se palavras pertencentes a determinado vocabulário com certas regras gramaticais (ato fático). O uso dessas palavras, por fim, volta-se para um certo sentido e referência (ato rhético). No entanto, pondera-se que, mesmo que estejam satisfeitas tais condições, pode não estar esclarecido, num ato locucionário, qual a sua força ilocucionária, ou seja, qual a função do uso de tal linguagem. Há, ainda, uma certeza: mesmo quando se diz alguma coisa, pode-se, igualmente, dizer outras coisas. Assim, introduz-se a noção de ato perlocucionário. O ato perlocucionário objetiva produzir reações sentimentais, pensamentos ou ações dos interlocutores, diferenciando-se do ato ilocucionário: este visa a meras consequências convencionais, enquanto aquele almeja a produção real de efeitos reais (HABERMAS, 1982, p. 103). Portanto, Habermas, na sua teoria comunicativa, distingue dois tipos de orientações básicas do agir racional, que são excludentes, do ponto de vista dos participantes: uma orientação é para o sucesso, e a outra, para o entendimento (BAGGENSTOSS, 2011, p. 80).

âmbitos de comunicação, em que se verificaria uma fragmentação da moral e o surgimento de sistemas sociais autônomos, desprovidos de consenso expreso. Em sua teoria, refuta-se a leitura idealizada da sociedade e contraria-se o paradigma da interação, sustentando que a interação social ocupa apenas dimensões locais na realidade⁵⁷. Ainda, por tal motivo, autorrealização do social não pode ser adequadamente promovida em tal situação.

Para o marco teórico sistêmico, portanto, a semântica da interação dos discursos do século XVIII⁵⁸ é ficção e um entendimento recíproco não é compatível com as exigências funcionais da sociedade moderna (LUHMANN, 1993).

Além disso, Luhmann rebate a concepção kantiana de compreender e sintetizar a pluralidade em unidade, entendimento que provocaria a própria extinção da subjetividade particular. Assim, em referência à problematização da complexidade, entende que torna o indivíduo em sujeito considerado em uma relação entre pluralidade e singularidade – e não somente como autor de uma síntese social. Por isso, a teoria do sistema contraria tal premissa, não utiliza o conceito de sujeito e busca respeitar a pluralidade na complexidade das comunicação (HABERMAS, 1985).

Vê-se, desse modo, que ambas as perspectivas apontam que a sociedade repousa em comunicações; no entanto, Habermas prima pelo ato comunicativo nascido da intersubjetividade e Luhmann, pelos elementos comunicativos revestidos de objetividade⁵⁹.

A partir dessa diferença, Habermas (1985, p. 44) acusa Luhmann de fundar sua teoria sociológica em um anti-humanismo metodológico, considerando que

[...] a ação comunicativa e o mundo da vida intersubjetivamente compartilhado [categorias

⁵⁷ Tais como diálogos travados em café, em grupos de estudo, em família – locais em que se pode verificar uma socialidade interativa.

⁵⁸ Tais como presentes no discurso político da Revolução Francesa (contrato social) e da metafísica da ética em Kant (sujeito universal).

⁵⁹ Luhmann objetiva a elaboração de uma teoria que permita observar adequadamente a complexidade da sociedade; Habermas, por seu turno, formula uma construção teórica com o fim de promover a transformação do meio social.

habermasianas ligadas à intersubjetividade] não [podem] fazer outra coisa outra coisa que resvalar sobre as pedras de moinhos de tipos de subsistemas que como o sistema psíquico e o sistema social constituem entornos uns para os outros e somente mantêm já entre si relações internas.

Dessa perspectiva, Luhmann nega radicalmente o consenso como condição de validade jurídica⁶⁰ e considera que isso impossibilitaria a própria evolução do direito, já que o consenso deveria estar respaldado como aceitação de todas as normas, por todos, em qualquer tempo, o qual não se encontra em nenhuma sociedade (SILVA, 1993).

Nesse ponto, Luhmann (1993, p. 31) até reconhece a importância do sujeito e alega que “um sujeito fundamenta tudo que existe”. Nesse compasso, contudo, decreta que a intersubjetividade é uma unidade falaciosa e assevera que a perspectiva sistemática é muito mais rica (LUHMANN, 1993, p. 39-40).

Mas Habermas (1985, p. 446 e 450) vai além: reprova em Luhmann a visão restrita de sistema-entorno, a qual impede o fornecimento de elementos suficientes para abordar a intersubjetividade genuinamente linguística do consenso e do sentido comunicativamente compartilhado:

⁶⁰ Luhmann também aponta críticas à intersubjetividade habermasiana: “Acho que Habermas não pensa em um consenso empírico, pois seria absurdo demais para uma pessoa sábia. A concepção de consenso argumentativo deixa margens para essa dúvida ou, o que é pior, para postular-se, a partir de Habermas, tamanho disparate. Ele deseja, creio, que as pretensões de validades objetivas, de validades universais, sejam discutidas e apreciadas. Habermas, caso minha linha de raciocínio esteja correta, pretende que nada é aceitável sem a filtragem racional. É a clássica luta contra a aceitação de dogmas. Em se tratando de realização empírica, entretanto, mesmo na chamada “aldeia global” não se conseguiria o consenso comunicativo para cada problema importante. A democracia direta só é compatível com comunidades pequenas. O mundo contemporâneo, por isso, opera com a democracia representativa” (SILVA, 1993, p. 91).

[...] se o que os símbolos linguísticos relatados se esgotam em estruturar, abstrair e generalizar [o objetivo é ser mais objetivo possível] processos de consciência prelinguísticos e plexos de sentido prelinguísticos, a comunicação levada a efeito com meios linguísticos não pode se explicar a partir de condições de possibilidade especificadamente linguísticas. E se a linguagem já não entra em conta como uma estrutura que possibilita a interna conexão entre compreensão, significado idêntico e validade intersubjetiva, tampouco podem se explicar pela via de análise da linguagem nem a compreensão de expressões com significado idêntico, nem o consenso (ou dissenso) acerca da validade das manifestações linguísticas, nem a comunidade de um plexo de remissões e sentido, intersubjetivamente compartilhado, é dizer, não se pode explicar por via de análise de linguagem a participação comunicativa no mundo da vida que tem sua representação em uma imagem linguista do mundo.

O crítico, ainda, denuncia Luhmann por servir-se de figuras do pensamento empirista, excluindo o sujeito das operações comunicativas geradas por ele próprio. Isso porque, provavelmente, não leva em consideração a existência de estruturas linguísticas que entrelaçam entre si o indivíduo e a sociedade por causa das restrições que impõem a sua teoria de sistemas à ação comunicativa como aspecto fundamental da reprodução cultural, à integração social e à socialização. São as estruturas linguísticas transsubjetivas, no entender de Habermas (1985, p. 450), que entrelaçam o indivíduo e a sociedade.

Ainda, ao separar os aspectos do psíquico e o social, Luhmann separaria a vida da espécie da vida de seus exemplares, para integrá-las em dois sistemas desvinculados um do outro. No entanto, por mais que seja insistente a separação, subsiste o nexo interno de ambos os aspectos, o qual é constitutivo de formas da vida linguisticamente constituídas (HABERMAS, 1985).

Tal separação tem correlação com o problema dos limites dos sistemas sociais, o qual Luhmann reconheceu que não seria resolvido de

modo satisfatório⁶¹. Segundo Habermas, tal problemática poderia ser resolvida se o pensador criticado se dispusera a traçar uma "teoria geral da linguagem e da comunicação linguística" (HABERMAS, 1985, p. 314)⁶².

Habermas (1985), então, critica o autor sistêmico por objetivar a realidade humana na medida em que o mundo se entende a si mesmo como se fosse sistema em um entorno-com-outros-sistemas-em-um-entorno, como se o processo do mundo não se obedecesse por intermédio de outra coisa que do da diferença sistema-entorno.

Tais são questionamentos acerca da objetividade luhmanniana que atingem a sua teoria descritiva e trazem a inquietude a respeito da participação do sujeito nas operações sistêmicas. Diante disso, de fato, importa considerar que a ausência do sujeito no pensamento sistêmico de Luhmann impede a visualização do panorama funcional do sistema, especialmente do jurídico, e obsta que tal análise considere a complexidade e a instabilidade basilares do método específico e que é requerida no estudo de tal objeto.

⁶¹ "O problema de determinar os limites do sistema, já se concebem esses como limites territoriais, como limites de pertencimento a grupos, como limites da cultura integradora, ou qualquer outro critério que se ofereça, não tem sido resolvido aqui de forma satisfatória" (LUHMANN *apud* HABERMAS, 1985, p. 314).

⁶² Ainda, apesar da rejeição da teoria sociológica tradicional, Luhmann demonstra estar em continuidade com uma tradição intelectual do ocidental que também é ilustrada, quais sejam as visões objetivistas do homem e seu mundo que remontam até o mecanicismo, o materialismo e o fisicalismo dos séculos XVII e XVIII: "a meu juízo, a teoria de Luhmann representa uma sequência engenhosa de uma tradição que tem deixado uma profunda impronta na autocompreensão da modernidade europeia e na que é refletido também um padrão seletivo do racionalismo ocidental. Ainda hoje as crenças fisicalistas e outras convicções científicas respaldam a exigência de extrair todo o intuitivamente consciente desde da perspectiva de um observador dedicado a ciências naturais - de entendermos aos outros mesmos a partir dos objetos [...] enquanto foram a mecânica, a bioquímica e a neuropsicologia que proporcionaram linguagem e modelos a correspondências abstratas e gerais" (HABERMAS, 1985, p. 444). Com a mudança do modelo cibernético para a aplicação de modelos orgânicos, a linguagem da teoria luhmanniana passa a apresentar uma moldabilidade, a qual seria possível a elaboração de prescrições, abandonando-se a tendência objetivantes do mundo da vida.

3.3 A TEORIA DESCRITIVA LUHMANNIANA E O MODELO SISTÊMICO

A intenção de Luhmann, como dito, é analisar a sociedade moderna sob o prisma sistêmico, tornando a comunicação e suas especificações como paradigmas de seu estudo social. No entanto, o método sistêmico exige, para o estudo de um fenômeno complexo, tal como o é a sociedade, a deferência a todos os fatores que possam influenciar em determinado objeto de estudo e em sua dinâmica.

O pensamento sistêmico propõe, de modo complementar (e não superativo) ao método cartesiano, o estudo de fenômenos considerando a circularidade, complexidade, as inter-relações entre esses eventos e variáveis, a partir da finalidade que o sistema visa alcançar. Assim, pensam-se determinados fenômenos como sistemas organizados e com determinada função, estabelecida pela diferenciação funcional.

Tal método de pesquisa objetiva, então, a compreensão de um dado fenômeno sistêmico dentro de um contexto e o destaque às interações entre os seus elementos. Dessa forma, são constituintes de um sistema de elementos inter-relacionados (como organização complexa); relações de comunicação e controle e estruturação do sistema em níveis (como organização sistêmica) e propriedades adaptativas de acordo com o dinamismo das operações e interferências no sistema (mantendo-se a unidade complexa).

Assim, tem-se a definição de um sistema como um conjunto de elementos relacionados entre si e com o ambiente, caracterizado pelo código de suas partes e cujo objetivo lhe confere identidade (objetivo é a meta do sistema). Dessa leitura, o sistema pode ser classificado pela espécie de seus elementos (tipo de código) e pela espécie de relações.

Na composição de uma estrutura sistêmica, tem-se, então, objetivo, ambiente (cenários com que o sistema interage), elementos, administração (lógica das relações), e complexidade (caracterizada pelas variáveis, estados, partes, relações e interações ativas no sistema).

Portanto, para um alcance da percepção da funcionalidade do sistema, é imprescindível que sejam considerados todos os fatores de intervenção de seu funcionamento. Do modo similar, para a aplicação do método sistêmico à observação de um dado fenômeno, é necessário que sejam reputadas as variáveis que intercedem no objeto de estudo.

Na investigação do pensamento luhmanniano, construído para fornecer a compreensão da sociedade moderna e de seu funcionamento, Luhmann parte do prisma sistêmico e elege elementos de comunicação como os elementos constituintes da sociedade, como sistema, e dos subsistemas advindos de tal estrutura. Na percepção de seu processo dinâmico, adota as definições de autopoiese e heteropoiese e, também, aborda, sob tal perspectiva, o direito.

Em sua pretensão, o autor afirma que seu objetivo é promover uma abordagem descritiva da sociedade e dos demais sistemas, analisando suas ocorrências fáticas e refutando explicações prescritivas de sua funcionalidade. Nesse intento, eximiu-se de argumentos legitimatórios de fundamento ou de objetivo dos sistemas, de modo a deduzir sua afirmação de o sistema assim ser porque é.

Ao considerar os elementos constituintes dos sistemas sociais como elementos de comunicação e por conferir a formação destes nos sistemas psíquicos, Luhmann desatentou-se da intervenção direta da intersubjetividade nas operações dos sistemas sociais. Ao ressaltar que a comunicação, formada pela intersubjetividade, constitui tais sistemas, não considerou que as operações sistêmicas igualmente são movidas por critérios subjetivos e intersubjetivos. Afinal de contas, a semântica da identidade de um sistema não é somente fornecida por ele, *de per si*, mas é indicada a pela compreensão do sujeito acerca de qual objetivo deve primar determinado sistema.

Luhmann não concebeu, assim, que a explicação para a sociedade moderna, mais do que fornecer compreensão dos sistemas de código que interagem entre si, deve também reputar que é a pessoa humana mais do que formadora do sistema social, mas também a sua gestora, intérprete e receptora, em uma circularidade relacional de comunicação – que implica a vinculação de todos os sistemas referidos.

A desconexão da intersubjetividade como fator motriz das operações de um sistema social, especialmente do sistema jurídico, demonstra a limitação da teoria luhmanniana: ao se buscar a obediência da relação “sistema-ambiente”, em uma esfera objetiva, Luhmann não considerou, em um nível intersubjetivo, a interferência direta da significação atribuída às ações do ser humano. Assim, portanto, no intento de abordar a sociedade e o direito com base em um prisma sistêmico, com fidelidade ao paradigma “sistema-ambiente”, Luhmann

falha por não considerar todas as variáveis influenciadoras das operações sistêmicas.

Pela teoria de Luhmann, o funcionamento dos sistemas é um fato. Se perguntado sobre a razão pela qual funciona desse jeito, ele responderia que não lhe interessa saber por quê – simplesmente é assim. Em uma hipótese específica ao sistema jurídico, a razão da estrutura seria a sua função de previsão de expectativas, sem, contudo, fornecer um fundamento sequencial, o qual poderia ser considerado prescritivo.

Assim, além de desprover a sua teoria de critérios prescritivos, também lhe retirou, então, o conteúdo de significação do sistema e de seu funcionamento, visto que o conteúdo semântico é fornecido pela comunicação havida entre os sujeitos. Dessa forma, Luhmann promove a remoção da natureza desse fato humano (o sistema), tendo em vista que todo fato humano é, por essência, significativo (SARTRE, 2008).

A ausência de significação à funcionalidade do sistema, consequentemente, acarreta uma conclusão falaciosa: a de que o sistema funciona automaticamente e de modo puramente procedimental. Ora, o sistema jurídico é composto pelos elementos comunicativos estabelecidos pelo sistema psíquico, mas é a carga semântica conferida pelo sujeito a determinado elemento comunicativo que promoverá a funcionalidade do sistema na seleção dos elementos internos, na importação de comunicações não jurídicas e, especialmente, na formação da identidade da estrutura sistêmica. Afinal de contas, os sistemas sociais não evoluem naturalmente, como defenderia uma proposta darwinista, mas são impulsionados pelo sujeito.

Diante disso, chegam-se às seguintes inquietações: porque o sistema jurídico deve ter uma dimensão prescritiva? Porque o sujeito, no pensamento sistêmico, é importante? Em que momento o sujeito interfere no funcionamento do sistema jurídico? Seguem, então, as propostas de resoluções a tais questionamentos.

3.3.1 Por que o sistema jurídico deve ter uma dimensão prescritiva ou legitimidade externa ou legitimidade ética? A proposta procedimental de ação racional à atuação do sujeito operador do sistema jurídico

Por mais que Luhmann tenha afirmado que sua teoria é descritiva, apresenta todos os sistemas com uma função, a qual fundamenta a sua existência. Nesse compasso, especificamente, a função do sistema jurídico é a estabilização de expectativas.

De acordo com o mencionado e conforme será desenvolvido adiante, os sujeitos operantes do sistema jurídico – o legislador e o julgador –, também possuem uma função basilar (constitucional): este, de propor o julgamento dos conflitos (normatizando concretamente o caso) e aquele, de positivar normas jurídicas genéricas, as quais preverão expectativas abstratas.

Como criadores e operadores jurídicos (juntamente com outros indivíduos que se relacionam intersubjetivamente), a atuação de tais sujeitos deve se coadunar com a função do direito, de modo que, em uma perspectiva sistêmica, influa positivamente em tal realização, fornecendo-lhe um sentido.

O sentido do sistema jurídico consiste na compreensão de sua funcionalidade com o apoio de variáveis como metas e valores, tendo em vista que o sentido, somente como razão de seleção dos elementos comunicativos, é insuficiente.

Nesse trilhar, o direito formata-se, pelo sentido conferido pelos seus sujeitos atuantes, em uma rede propositiva de operações estrategicamente propulsionadas para o objetivo do sistema jurídico, em que se vislumbra um conjunto de mecanismos reguladores e uma ordem de preferências carregada de significações.

A identidade do sistema jurídico, portanto, que é estabelecida pelo sentido de seus elementos comunicativos, é fornecida pelos sujeitos operadores, que são os responsáveis pela seleção dos componentes sistêmicos e pela forma de seu manejo.

De modo prescritivo, o sentido proposto pelos sujeitos operadores deve levar em consideração a própria norma jurídica integrada ao sistema jurídico (imbuída de carga valorativa registrada em experiência verificada precedentemente e caracterizada por cognição de tempo, espaço, causalidade axiológica e prospecção de efeitos). E, com

vistas à manutenção da identidade do direito, a significação da operação comunicativa orquestrada pelo legislador e pelo magistrado deve atentar ao seu impacto pela inserção no sistema jurídico, em que se deve ponderar materialmente pela correspondência ao procedimento ou pelo confronto do procedimento com a realidade.

Essa possibilidade advinda da atuação do sujeito operador do direito dá margem, portanto, à mera reprodução do sistema jurídico, no caso de atenção ao procedimento, ou à hipótese de questionamento das indicações operativas do sistema, o qual pode acarretar a crise no sistema.

Além disso, é importante destacar que a crise da estrutura sistêmica pode ser resultado, igualmente, da própria autopoiese do sistema jurídico, caso seja realizada de modo apático, tendo em vista que o procedimento, desconstituído de um objetivo prescritivo, pode causar a legitimação de fenômenos que já tenham sido avaliados pelos sujeitos e caracterizados como prejudiciais à vida humana.

Ademais, consoante se observa atualmente⁶³, em que pese a positivação de institutos com carga ética, especialmente em razão do

⁶³ Dentro do sistema político, o econômico legitima-se e o sistema sociocultural é relegado a segundo plano e ignorante ao funcionamento da política (conforme explanado no capítulo seguinte; Cf. HABERMAS, 2002a, p. 16). Com a fragmentação do sistema social nesses subsistemas, não são considerados (de modo displicente ou consciente) os riscos da especialização e preferência sistêmica: para a base de uma boa economia, é imprescindível educação e saúde dos indivíduos. Todavia, enquanto a classe de elite pode usufruir de bons estudos e de hospitais de qualidade, a maioria continua marginalizada à sobrevivência da miséria. Com os efeitos resultantes desse contexto, as manifestações de 2013 em solo brasileiro espelham que as pessoas, antes dirigidas a desafios individuais, estão se aliançando em interesses que transbordam os particularismos e invadem a gestão administrativa do Estado, dando origem a uma inédita cultura política nacional. Apenas no dia 20 de junho de 2013, contabilizaram-se aproximadamente um milhão de pessoas em protesto nas ruas de vários municípios brasileiros. A grande manifestação, impulsionada pelo aumento de tarifa do transporte urbano na cidade de São Paulo/SP, desencadeou uma onda de atos populares no país, motivados por diversos temas cujo cerne reside na insatisfação da sociedade civil na gerência da administração do Estado brasileiro. Tais protestos são um fator necessário à democracia, a qual, no entendimento de Marilena Chauí, de modo atemporal, deve constituir-se de conflito, abertura e rotatividade. O conflito é representado

pela existência de pensamento divergente na democracia, que deve favorecer os múltiplos discursos e admitir uma heterogeneidade essencial. Por isso, o conflito é inevitável. Se os conflitos existem, evitá-los é permitir que persistam, degenerem em mera oposição ou sejam camuflados. Uma sociedade, para ter um caráter pluralista, deve trabalhar o conflito e, por meio de discussão, encontrar uma possibilidade de superá-lo. A abertura significa que o conhecimento deve circular livremente e que a cultura não deve ser privilégio de uma minoria. Importante destacar que a circulação não se reduz ao mero consumo de informação e cultura, mas significa produção de cultura. A rotatividade determina que o poder deve ser um lugar vazio, sem privilégio de um grupo ou classe, a fim de que todos os setores da sociedade possam ser legitimamente representados. Para tanto, é imprescindível que a sociedade apresente mecanismos que permitam a extensão da educação, a ampliação dos espaços públicos de consumo e produção de cultura e a independência dos partidos políticos em relação ao poder econômico. Os atos de protesto referidos, portanto, são essenciais à democracia: são atos que legitimam a sociedade democrática e que pretendiam incentivar o diálogo público. Contudo, a estrutura estatal brasileira, ainda formatada no elitismo democrático e na democracia concorrencial, não sabe assimilar divergências, quem dirá gerenciar, de modo eficaz, os conflitos. Na realidade, a organização política brasileira atual não apresenta condições para que as reivindicações contrárias ao status atual possam ser incorporadas em sua pauta de variáveis. Mais: ao que se percebe, não há interesse político em incorporar os anseios populares; e mais: o próprio Estado está blindado contra os protestos. Além disso, como característica do elitismo democrático, não há abertura política mínima à população da própria formatação do Estado, que é informação necessária para que a população reivindicante possa utilizar os instrumentos institucionalizados a seu favor – porque a maioria não é considerada em mesmo patamar que a minoria, isso quando não é mencionada uma inferioridade intelectual. A própria cultura do povo é-lhe negada à produção; é-lhe permitido somente o consumo. O lugar de poder do Estado brasileiro, mais do que ocupado por classes elitistas que apenas se alternam em nome, mas não em ideais, é desabrigado do seu titular formal determinado no parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal. O poder e seu exercício restam nas mãos de interesses particulares, a partir das elites concorrenciais, que blindam o próprio Estado contra o povo. O que se viu, então, por parte das classes representantes da sociedade, é que o elitismo que não permite a manifestação da maioria, visto que é consultada apenas de forma simbólica, em termos periódicos, serve para legitimar a falácia do poder emanado do povo. Cf. BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra. A democracia brasileira colonizada e a asfixia dos atos populares. **Revista da Faculdade de direito do Sul de Minas**. No prelo, 2014. Para tanto, tenta o

constitucionalismo, como os direitos fundamentais, a separação dos poderes e o procedimento eleitoral e seus consequentes mecanismos de garantia, inexistem segurança efetiva de obediência a tais preceitos, muito menos de respeito ao seu cunho axiológico. Tal institucionalização é, portanto, insuficiente à certeza de sobrevivência e de acesso a mínimas condições de vida.

A concretização desses e de outros institutos, então, faz-se possível a partir da atuação consciente dos sujeitos vinculados ao sistema jurídico, pois a instrumentalidade do Estado, conforme explanado do próprio capítulo, implica o caráter instrumental de tais cargos estatais.

Por tais motivos, é imprescindível a adoção de um norte propositivo, especialmente pelos operadores do direito, com vistas à manutenção da identidade do sistema, de acordo com os elementos cognitivos contextuais e valorativos. Esse norte deve ser orientado pela finalidade racional de estabilização das expectativas e pela filtragem dos elementos comunicativos integrantes do sistema jurídico.

É o que Habermas, no âmbito da racionalidade moral-prática, explanará como relações intersubjetivas entre os envolvidos e especificando as espécies de ações praticadas no seio social.

Para Habermas (2010, p. 277), o discurso jurídico, integrando as esferas de produção legislativa e de aplicação judicial, deve contemplar a ampliação de

[...] condições concretas de reconhecimento através de mecanismo de reflexão de agir comunicativo, ou seja, através das práticas de argumentação, que exige de todo o participante a assunção das perspectivas de todos os outros.

Nesse sentido, a argumentação é uma forma reflexiva do agir comunicativo, caracterizada pela possibilidade de se reverter de todas as

governo atual, prevendo uma repetição das manifestações durante a Copa do Mundo, finalizar uma agenda de inaugurações que permita atender aos cinco pactos lançados pelo no auge dos protestos que marcaram o país em junho do ano passado. Cf. <<http://ultimosegundo.ig.com.br/politica/2014-06-05/um-ano-depois-dilma-corre-para-entregar-agenda-dos-protestos.html>>. Acesso em 07 jun 2014.

perspectivas dos participantes em relações que predominem a intersubjetividade (HABERMAS, 2010). É um espaço, portanto, que se fomenta a ação comunicativa.

Também denominada de ação social orientada ao entendimento, a ação comunicativa refere-se à ação entre sujeitos, mediada pela linguagem, orientada ao entendimento e que está comprometida com o interesse emancipatório do sujeito. Tal racionalidade caracteriza-se como uma ação social regida pela razão discursiva, em que se verifica a possibilidade de diálogo, livre de qualquer tipo de coerção, e onde os sujeitos consideram as assertivas lançadas por seus interlocutores⁶⁴.

⁶⁴ A racionalidade comunicativa é definida pelas ações que expressam a força unificadora do discurso orientado ao entendimento, assegurando aos falantes, no ato da comunicação, um mundo da vida intersubjetivamente partilhado, garantindo assim, simultaneamente, um horizonte no seio do qual todos possam se referir a um só mundo objetivo (SIEBENEICHLER, Flavio Beno. Jürgen Habermas: razão comunicativa e emancipação. 4. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 192). Em suma, a racionalidade comunicativa gera ações comunicativas. A ação comunicativa é entendida como “[...] uma interação simbolicamente mediada. Ela orienta-se segundo normas de vigência obrigatória que definem as expectativas recíprocas de comportamento e que têm de ser entendidas e reconhecidas, pelo menos, por dois sujeitos agentes. As normas sociais são reforçadas por sanções. O seu sentido objectiva-se na comunicação linguística quotidiana” (HABERMAS, 2009, p. 58). O trabalho, de outro modo, ou ação racional teleológica, consiste na ação instrumental ou a escolha racional ou, então, em uma combinação das duas (HABERMAS, 2009, p. 57). Nessa diferenciação, Habermas assevera que “[...] a acção instrumental orienta-se por regras técnicas que se apoiam no saber empírico. Estas regras implicam, em cada caso, prognoses sobre eventos observáveis, físicos ou sociais; tais prognoses podem revelar-se verdadeiras ou falsas” (HABERMAS, 2009, p. 57). A ação estratégica, ou o comportamento da escolha racional, orienta-se por estratégias que se baseiam num saber analítico, partindo de regras de preferência (sistema de valores) e máximas gerais da sociedade e de classificação de certo e errado a tais proposições (HABERMAS, 2009, p. 57). Ao diferenciar as duas ações advindas do trabalho, diz o autor que “a acção teleológica realiza fins definidos sob condições dadas; mas, enquanto a acção instrumental organiza meios que são adequados ou inadequados segundo critérios de um controle eficiente da realidade, a acção estratégica depende apenas de uma valoração correcta de possíveis alternativas de comportamento, que só pode obter-se de uma dedução feita como auxílio de valores e máximas”

No espaço da argumentação, oferecidos tanto no âmbito judicial, quanto na esfera legislativa, os argumentos resgatam, respeitadas as condições do discurso, uma pretensão de validade arguida por atos de fala constataativos ou regulativos, “movendo racionalmente os participantes da argumentação a aceitar como válidas proposições normativas ou descritivas” (HABERMAS, 2010, p. 281).

Para Habermas (2010, p. 281), o espaço de interação comunicativa

[...] esclarece o papel e a construção de argumentos considera o jogo da argumentação sob o aspecto do produto e oferece, no pior dos casos, um ponto de partida para fundamentação dos passos da argumentação, que ultrapassam uma justificação interna dos juízos do direito.

No que tange à legislação, o seu processo construtivo do direito se realiza, voltado a um interesse geral, por uma rede de argumentações, negociações e comunicações políticas (HABERMAS, 2010), em que se passa da teoria do discurso racional prático para uma teoria da legislação e, assim, para uma teoria normativa da sociedade.

(HABERMAS, 2009, p. 57). O trabalho, portanto, define o interesse ou a racionalidade instrumental e/ou estratégica. Consoante Habermas, portanto, as regras apreendidas da ação racional teleológica ofertam ao indivíduo uma disciplina de habilidades, enquanto as normas sociais internalizadas dotam-no com as estruturas da personalidade, dando-lhe motivações: “as habilidades capacitam-nos para resolver problemas e as motivações permitem-nos praticar a conformidade com as normas” (HABERMAS, 2009, p. 58). Mas a satisfação das necessidades físicas humanas, como a libertação da fome e da fadiga por meio da racionalidade instrumental e/ou estratégica, não implica, necessariamente, na libertação da escravidão e da degradação humana, que deve ocorrer por intermédio da racionalidade comunicativa. Não obstante, portanto, a vinculação do trabalho e da interação por meio da linguagem reside na estrutura de comunicação voltada ao consenso: “temos razões suficientes para manter separados do modo mais rigoroso os dois momentos [trabalho e interação], porque existe a tentativa de reorganizar os contextos comunicativos de interações – que se cristalizaram de um modo ou de outro – de acordo com o padrão de sistemas tecnicamente orientados do agir racional com relação a fins” (HABERMAS, 2009, p. 46) (Cf. BAGGENSTOSS, 2011).

Ao que se atine à aplicação do direito, contudo, verifica-se que não há regulamentação específica dos argumentos permitidos –apenas se observam “espaços para discursos jurídicos que transformam o objeto do processo” (HABERMAS, 2010, p. 294). Mas, o resultado das argumentações lançadas em um processo é moldado pelas “restrições materiais às quais o desenvolvimento do processo está submetido”, que representam a delimitação institucional do espaço interno de argumentação (HABERMAS, 2010, p. 293-294).

Nesse trilhar, em um processo judicial, o discurso jurídico, que considera as comprovações dos fatos e a verossimilhanças das alegações, deve se orientar pelas normas do ordenamento jurídico, “na medida em que o tribunal tem que ‘apresentar’ e ‘fundamentar’ o seu juízo perante os participantes do processo e da esfera pública” (HABERMAS, 2010, p. 294).

É nesse ponto que se destaca que, apesar da existência do espaço de agir comunicativo no processo judicial, o julgador deve conceber seu entendimento como “um empreendimento comum, sustentado pela comunicação pública dos cidadãos” (HABERMAS, 2010, p. 278), em que serão consideradas as razões expostas no processo a partir das balizas estabelecidas pelo sistema jurídico.

Assim, percebe-se que são respeitadas as perspectivas particulares dos participantes juntamente com a estrutura geral de perspectivas “que, durante os discursos de fundamentação, esteve atrás das normas supostas como válidas”. É por tal quadro que se indica que as interpretações de casos singulares devem ser feitas à luz de um sistema coerente de normas (HABERMAS, 2010, p. 285).

Conforme explanado por Habermas (2010, p. 292-293):

[...] o direito tem que ser aplicado a si mesmo através de formas de organização, a fim de não produzir apenas competências da jurisdição em geral, e sim introduzir discursos jurídicos como componente de processos judiciais. As ordens dos processos judiciais institucionalizam a prática de decisão judicial de tal modo que o juízo e a fundamentação do juízo podem ser entendidos como um jogo de argumentação, programado de uma maneira especial. Por outro lado, os processos jurídicos cruzam-se com os

argumentativos, sendo que a instauração jurídico-processual de discursos jurídico não pode intervir no âmago lógico da argumentação.

É a observância na estrutura do sistema jurídico que fomentará a integridade do direito, considerando, também, que o interesse público prima pela uniformização do direito em razão de uma “característica pregnante na lógica da jurisprudência: o tribunal tem que decidir cada caso particular, mantendo a coerência da ordem jurídico em seu todo” (HABERMAS, 2010, p. 295).

Verifica-se, então, nesse ponto, que o direito regula o andamento processual, a consideração das provas, o que possibilita às partes “um trato limitadamente *estratégico* com o direito, enquanto [...] a produção do juízo fica reservada unicamente à competência profissional do juiz”, representada pela decisão judicial (HABERMAS, 2010, p. 295).

Nesse trilhar, o legislador tem como objetivo o estabelecimento de normas de interesse a todos. O julgador, por sua vez, no uso dos meios jurídicos, tem a finalidade de proferir decisões corretas no interesse das partes. Contudo, ressalta-se que

[...] o fim dos meios jurídicos não se esgota nisso. Existem também um interesse geral num sistema eficiente nos meios jurídicos[...]. Além disso, o cortejo de instâncias, com sua concentração da jurisdição em tribunais cada vez mais altos até chegar ao tribunal supremo, leva à uniformização absolutamente necessária e ao aperfeiçoamento do direito (HABERMAS, 2010, p. 294)

Para Habermas (2010, p. 290 e 295), então, o objetivo dos sujeitos operadores do sistema jurídico, é a construção de um sistema coerente e íntegro, razão pela qual julgador produzirá decisões das normas estabelecidas pelo legislador político. Para tanto, “os juízes não podem eximir-se de uma avaliação reconstrutiva das normas todas como válidas”, no que tange a colisões normativas, e devem impedir que influências externas assumam importância nas decisões, considerando que o discurso jurídico nasce no próprio processo.

É aqui, então, que se verifica o espaço comunicativo na argumentação, tanto para a produção legislativa, quanto para a aplicação do direito, mas se observa, igualmente, a necessidade de os operadores jurídicos atentarem para a coerência do sistema, o que consubstancia um objetivo do julgador e do legislador. Por tal, deduz-se o entrelace do agir comunicativo com o agir estratégico:

[...] um ator bem sucedido agiu racionalmente se (a) sabe porque teve êxito (ou porque teria podido realizar a meta estabelecida sob condições normais) e se (b) esse saber motiva (ao menos em parte) o ator de modo tal que ele executa sua ação por razões que ao mesmo tempo podem explicar seu êxito possível (HABERMAS, 1982, p. 127)⁶⁵.

Também denominada ação social orientada ao êxito, a ação teleológica é qualificada como tal na hipótese de o seu ator intervir, para o alcance de sua meta, na expectativa de comportamento de outros indivíduos, os quais também agem de acordo com os seus próprios propósitos (HABERMAS, 1982).

Desse modo, a ação estratégica é aplicada nos comportamento em que os sujeitos, motivados por uma escolha racional, ponderam, na sua atuação, as projeções de impacto que advirão de suas decisões e atingirão outro sujeito (HABERMAS, 1982).

Essa espécie de atuação é comumente observada em organizações, e, assim, pode ser enquadrada na estrutura de comunicação interativa de um sistema social, especificamente o sistema jurídico. Nesse compasso, a ação estratégica possui o condão de propiciar a cooperação de todos os sujeitos envolvidos em um

⁶⁵ “Já vimos que o saber, no sentido estrito, exige ser possuído reflexivamente e relacionado a justificações possíveis; de modo correspondente, o agir racional orientado a fins exige ser possuído reflexivamente e adaptado a justificações possíveis, a intenção da ação determinante - exige-se um cálculo de sucesso da ação. Há, mais uma vez, uma relação de remissão mútua entre a racionalidade do agir e o fórum de um discurso perante o qual podem ser testadas as razões de decisão que foram determinantes *ex ante* para um ato. (...) Do mesmo modo que o saber proposicional depende do uso de proposições enunciativas, o agir intencional depende essencialmente do uso de proposições intencionais” (HABERMAS, 2004, p. 105 e 106).

determinado fenômeno, a fim de que determinado objetivo seja alcançado.

No sistema jurídico, a interação comunicativa dá-se entre os sujeitos magistrado e legislador e os destinatários das decisões jurídicas e das normas jurídicas, em que se objetiva a estabilização das expectativas e a manutenção dos sistemas referidos por meio do discurso de cooperação e de imposição estatal.

O discurso de cooperação da ação estratégica é caracterizado por pretender a moldagem do pensamento dos interlocutores de modo que o sujeito se submeta ao êxito pretendido pelos sujeitos operadores do direito – o qual equivale, procedimentalmente, à finalidade do sistema⁶⁶.

Assim, em sua atuação finalística, visando à legitimação material, esses sujeitos podem resgatar as razões históricas do sistema jurídico, a carga semântica dos elementos comunicativos jurídicos, composta pelos valores advindos do mundo fático, tais como os direitos fundamentais, e definir e redefinir o sentido do sistema jurídico. Isso porque um instituto não descreve nem cria nada por si só, visto que o sistema jurídico está inserido em um sistema de valores e em processos sociais de divisão do trabalho humano em que se consolida uma forma de acesso aos bens e não outra. Assim, os meios, os instrumentos que prescrevem comportamentos, impõem deveres individuais ou coletivos, são interpretados a partir de um sistema axiológico e econômico dominante (FLORES, 2009).

Exemplificativamente, no tocante aos direitos fundamentais, observa-se:

[...] uma confluência estrita entre elementos ideológicos (que se apresentam como ‘universais’) e premissas culturais (que têm a ver com os entornos de relações ‘particulares’ em que as pessoas vivem) (FLORES, 2009, p. 41).

De modo complexo, os direitos fundamentais são originados no Ocidente como produto das reações sociais e filosóficas de uma consciência referente ao “novo modo de relação social baseada na

⁶⁶ Não se pretende, aqui, avaliar axiologicamente a ação estratégica, a qual se ajusta à estrutura do sistema jurídico ocidental na contemporaneidade.

constante acumulação de capital”, o que se registra desde o século XII, no constitucionalismo antigo inglês. Mais na atualidade, “a Declaração Universal constitui, hoje, um marco muito importante na luta pelo processo de humanização da humanidade” (FLORES, 2009, p. 42)⁶⁷. Em que pese o conceito surgir em um contexto particular (Ocidente), “difundiu-se por todo o globo como se fosse o mínimo ético necessário para se lutar pela dignidade” e é essencial para determinados ordenamentos jurídicos, tal como o brasileiro (FLORES, 2009, p. 43).

Finalmente, a atuação ativa dos sujeitos jurídicos, caracterizada pela dinâmica das operações sistêmicas, conforme será explanado no próximo capítulo, revestirá o sistema jurídico de denotações prescritivas, tendo em vista a significação de todo agir humano e a necessidade de uma ação racional para atividade dos operadores do sistema jurídico.

3.3.2 Por que o sujeito, no modelo sistêmico, é importante?

A Teoria dos Sistemas de Luhmann contempla três espécies de sistemas: biológicos, psíquicos e sociais – os últimos relevantes para este trabalho. Na arquitetura desse pensamento, o sistema social (sociedade) é composto por elementos de comunicação, cuja identidade entre si e distinção para com outros elementos permitiu a sua separação do ambiente e união em um sistema especializado; formando, assim, os subsistemas sociais, tal como o sistema jurídico, cujo mote, como referido é a estabilização de expectativas.

Tomando por base essa diferenciação funcional, a Teoria dos Sistemas indica, consoante disposto no capítulo anterior, que os sistemas sociais produzirão determinadas operações, representando a sua autorreprodução e sua comunicação com o ambiente (a própria sociedade e os demais subsistemas sociais). Essas operações sistêmicas são a autopoiese e a heteropoiese, dinamizadas pelas peculiaridades de fechamento operacional e abertura cognitiva do sistema.

⁶⁷ Segundo Flores (2009, p. 42), “[...] não podemos ocultar que seus fundamentos ideológicos e filosóficos – quer dizer, culturais – são puramente ocidentais. Essa constatação não retira nem um pouco a importância do texto, mas nos ajuda a colocá-la em seu contexto concreto, o qual, em momentos posteriores, pode nos servir para explicar algumas dificuldades que encontramos em sua implementação prática”.

De modo descritivo, essa dinâmica de autorreferencialidade do sistema a partir de suas estruturas e de elementos de sua composição e de comunicabilidade com o ambiente pode induzir à equivocada percepção de que o sistema jurídico é um fim em si mesmo. No entanto, tais operações não são produzidas pelo sistema, mas são causadas pelos sujeitos – legislador e magistrado – indicados pelo próprio procedimento sistêmico para tal fim. Nessa dinâmica, os sujeitos não atuam de modo autômato, mas agem conforme sua escolha, correspondendo ou não aos deveres jurídicos e políticos que lhes incumbem. Daqui, então, vê-se que sistema jurídico pode ser considerado como um instrumento de manifestação dos atos e vontades da pessoa humana.

É necessário, portanto, destacar que não é o sistema procedimental que é imprescindível para a atuação do sujeito, seja na sua percepção de importância no ato legislativo, seja no momento de valoração de uma prova. A produção de uma lei ou de uma decisão judicial está condicionada pelo sujeito, o qual está condicionado pela sua consciência (QUINET, 2008).

A consideração do sujeito e de sua consciência significa observá-lo no contexto de desenvolvimento de sua individualidade, da interação intersubjetiva (que lhe constitui humano⁶⁸) e de sua

⁶⁸ Ser o que realmente se é implica em um processo constante de tornar-se humano ou de tornar-se pessoa. Esse processo não é um estado de ser ou um destino, mas uma direção à “vida boa”, ou à consciência de si, pois “a direção representada pela ‘vida boa’ é aquela que é escolhida pelo organismo total, quando existe liberdade psicológica para se mover em qualquer direção” (ROGERS, 1983, p. 213). No processo de tornar-se, logo, o ser humano deve ter conhecimento de que: “o homem é tão-somente, não apenas como ele se concebe, mas também como ele se quer; como ele se concebe após a existência, como ele se quer após esse impulso para a existência. O homem nada mais é do que aquilo que ele faz de si mesmo: é esse o primeiro princípio do existencialismo [...]. Desse modo, o primeiro passo do existencialismo é o de pôr todo homem na posse do que ele é e de submetê-lo à responsabilidade total de sua existência. Assim, quando dizemos que o homem é responsável por si mesmo, não queremos dizer que o homem é apenas responsável pela sua estrita individualidade, mas ele é responsável por todos os homens” (SARTRE, 1970, p. 4-5). Desde seu estado mais bruto até o estado de saber especializado e complexo, o humano é guiado por essa tendência atualizadora para processar o seu ser ao encontro do seu plural: cada momento percebido pelo humano está

participação no meio social. Sem adentrar em questões psíquicas e psicológicas, a previsão de que o sujeito atuará de modo puramente racional e isento de intersubjetividade é falaciosa, pois o exercício de sua função não será realizado de modo exclusivo segundo aos ditames procedimentais.

Nesse sentido, coaduna-se com o preceituado por Ferrajoli acerca da necessidade de o sujeito, no exercício de sua atividade legislativa ou jurisdicional, promover uma autoanálise em que se verifique a legitimidade de sua decisão, por meio de uma construção argumentativa que vislumbre a finalidade da função do sistema jurídico.

Em tal panorama, no lugar da referência sistema-ambiente defendido pelo método adotado por Luhmann, vislumbra-se, de modo descritivo, um paradigma de observação formado pelo sujeito como propulsor das relações sistema-ambiente. Em outras palavras, sugere-se, assim, que é a intersubjetividade que funda o paradigma sistema-ambiente, haja vista a interação comunicativa produtora da diferenciação funcional.

Nos termos luhmannianos, assim como o sistema psíquico, por meio da consciência, dá existência aos elementos de comunicação, os quais, por sua vez, formarão o sistema social, a consciência do sujeito também interfere diretamente nas operações sistêmicas. O sujeito, por consequência, é quem modula o fechamento operacional e a abertura cognitiva do sistema, independentemente do que for estabelecido pelo procedimento.

Eis aqui, portanto, a descrição do dinamismo do sistema jurídico. Sob esse ponto de vista, tangencia-se a assertiva da teoria luhmanniana como prescritiva: ao que parece, ao questionar a assertiva das teorias sociológicas acerca da sociedade como um conjunto de indivíduos formadores de uma unívoca vontade e de possuir clareza acerca da hiperpluralidade subjetiva da sociedade moderna, Luhmann

vinculado à sua formação única e à sua configuração própria, na relação originada pelo contato com seu par (HEGEL, 1992, p. 35). A necessidade humana de contato com seus pares explica a sua caracterização como ser social, pois “não existe o humano fora do social” e “o genético não determina o humano, somente funda o humanizável”. Por isso, além de ser uma categorização teórica, a pluralidade, por meio da intersubjetividade, traduz o anseio humano basilar de sua tendência atualizante (MATURANA, 1996, p. 82).

preferiu conferir objetividade ao seu objeto e ao método de estudo. Como tal configuração não condiz com a realidade, deduz-se que a pretensão luhmanniana era exatamente a de que sua teoria se enquadrasse ao mundo fático e objetivasse o funcionamento da sociedade moderna de modo procedimental, a fim de que os conteúdos éticos remanescessem respeitados e inibindo a admissão da defesa de um Estado ético.

Diante da descrição proposta e tendo em vista a inerente semântica entranhada em um fato/ato humano, faz-se necessária, além do reconhecimento da prescrição pela existência do sistema, a existência de finalidades que guiem a atuação do sujeito.

Se as operações do sistema jurídico forem abordadas sem a atuação do sujeito, este é eximido, de modo superficial, de sua responsabilidade de conferir significado às ocorrências subsequentes, o que, simploriamente, caracterizará a fidelidade ao procedimento. Todavia, em uma análise profícua dessa dinâmica, será destacado que a tentativa de desobrigação de conferir um significado a um ato já representa uma semântica: a banalidade da atuação humana perante a necessidade de cumprimento de metas e cronogramas⁶⁹.

A fidelidade irrestrita ao procedimento, desprovida de conduta propositiva, caracteriza a incapacidade de questionar a razoabilidade, a legitimidade, e, principalmente, a humanidade de determinados

⁶⁹ Um caso que se enquadra à descrição é o trabalho de Eichmann no Estado Nazista, relatado, quando de seu julgamento, por Hannah Arendt. A autora, ao observar o acusado, conclui que se trata de um homem banal, que não questionava as ordens que lhe eram determinadas, com o objetivo de manter um *status* social. É o que Hannah Arendt denominou de a banalidade do mal. O homem observado, Eichmann, não era um desviante social, nem mesmo era antisemita: era apenas fiel à obediência das leis. E esclarece a autora que o problema do acusado, e de todos os outros burocratas nazistas, era a incapacidade de pensar. Assim, ausente a força corrosiva e desconstrutiva do pensamento, toda espécie de ação é possível e quaisquer leis podem ser racionalmente fundamentadas. É aqui, portanto, que reside o risco: em que pese as pessoas agirem sob a sua influência da banalidade do mal, estão agindo de forma racional e, acima de tudo obediente. Tal é o resultado de um sistema – e não de uma comunidade – estruturado para a prática de qualquer conduta que seja minimamente fundamentada. Cf. ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

normativos jurídicos. De outro norte, a independência plena do sujeito ao procedimento acarreta o descumprimento de deveres institucionais e gera a ilegitimidade de sua atuação.

Nesse ponto, a conduta do sujeito legislador e do sujeito julgador deve ser pautada em uma função propositiva: em face do objetivo do sistema jurídico de estabilização das expectativas, propõe-se, como meta principal, o respeito aos direitos fundamentais e, como estratégia para tanto, uma nova forma de organização e de ação que também prime por tal objetivo – tal como o prescreve a Teoria Garantista⁷⁰.

Como exemplo de possibilidade de edificação institucional eficaz, traz-se a inquietação para a contemporaneidade brasileira, em que, nitidamente, é perceptível a quase perfeição da funcionalização das estruturas do procedimento eleitoral e da arrecadação tributária – que são as necessárias para a manutenção do aparato estatal –, a partir da consonância do objetivo de seus institutos com o que ocorre faticamente.

No entanto, no que se refere ao complexo de direitos fundamentais, há uma gritante distância entre o texto normativo e a sua concretização – o que dá parâmetro para a verificação do grau de Garantismo Jurídico⁷¹. Da mesma forma, apesar de o procedimento eleitoral apresentar ótima performance por ocasião periódica do sufrágio, não reflete de modo satisfatório a representatividade de expectativa dos indivíduos que são supostamente representados.

Os meandros políticos democráticos de gerência do poder contam com discursos que variam conforme o momento histórico e as reivindicações dos membros da sociedade, como foi o caso da exclusão social originada pelo uso do critério da propriedade e do gênero para a escolha dos representantes do povo. Satisfazendo a reivindicação social de forma temporária, sedimenta-se a titularidade efetiva do poder com a manutenção ardilosa da seleção elitista para a gerência da coisa pública.

Em que pese tal manipulação das instituições estatais para a sedimentação de uma configuração sociopolítica de conveniência, a sua base de justificação fortalece-se, sobremaneira, com a aceitação dos sujeitos atingidos com os efeitos do discurso político. Obtém-se, assim,

⁷⁰ A ser aprofundada no próximo capítulo.

⁷¹ Conforme tópico 4.2.1.

o consenso entre os participantes de um dado mundo da vida; por consequência, tem-se a verdade compartilhada de determinado grupo social, ratificando a forma com a qual é conduzida a coisa pública.

Muitas resoluções teóricas buscam satisfazer essas inquietações e são muitas as variáveis que influenciam tais constatações. Mas, de um prisma macro, é possível conjecturar que o estabelecimento de direitos mínimos e estruturas procedimentais de representação e divisão de poderes não garantem a ocorrência de sua concretização. A mera institucionalização, articulada em um procedimento comunicativo, portanto, é insuficiente, quando não perigosa, para a vida humana.

Desponta, novamente, a importância da compreensão do sujeito, especificamente do legislador e do magistrado, cujo exercício de sua função deve considerar não só as disposições de seus deveres institucionais e de cumprimentos legais, mas, também, uma razão fim que justifique seus atos.

3.3.3 Em que momento o sujeito interfere no funcionamento do sistema jurídico?

É o sujeito institucionalizado que promove a construção, reprodução e evolução do sistema jurídico, razão pela qual sua intervenção é imprescindível, especialmente para as operações de autopoiese, representada pela reprodução do sistema, e heteropoiese, consistente na inserção de novos elementos comunicativos no direito, seja a partir da atividade legislativa (em ambos ocorre isso), seja a partir da atividade jurisdicional.

A abertura cognitiva representa a relação de comunicação do sistema jurídico e seu ambiente e, ainda, a demanda de conteúdo resultante de tal comunicação, de acordo com o procedimento específico estabelecido pelo próprio direito. De modo formal e exemplificativamente ao que ocorre no ordenamento jurídico pátrio, tem-se o processo legislativo para a inserção de novos elementos no sistema jurídico, bem como, ao mesmo tempo, a atividade jurisdicional, a qual não é limitada a, somente, interpretar a lei, mas a estabelecer normas específicas às partes (comentar sobre outras produções jurisdicionais). Assim, combinam-se autorreferenciabilidade e heteroreferenciabilidade do sistema, razão pela qual qualquer só se justifica devido a seu fechamento.

A interação do sistema jurídico, por meio da abertura cognitiva, com o ambiente não é ampla porque, tendo em vista a identidade de seu código direito/não direito, o fechamento operacional, que é condição para a abertura, direciona-se para impedir a perda de sua identidade por outro código sistemático. Como as fronteiras do sistema são uma peculiaridade dessa interação, essas delimitações são dinâmicas, variando de acordo com o contexto no qual se insere o sistema jurídico, o que dificulta definir com exatidão os limites da estrutura sistêmica (VASCONCELLOS, 2009).

Ainda, como o sistema jurídico e essas fronteiras são resultantes de distinções do próprio observador, as interpretações conferidas pelo sujeito ao sistema terão grande relevo sobre a estrutura sistêmica interpretada, especialmente se a tal indivíduo for atribuído operacionalizar o direito.

Nesse sentido, especificadamente no âmbito de aplicação dos elementos normativos, a abertura cognitiva do sistema jurídico será condicionada à significação que seus aplicadores atribuem ao que é direito e à eventual teoria adotada pelo intérprete da norma jurídica, pois dependerá do conceito de validade e do conceito de legitimidade sustentado pela construção teórica adotada.

Diante do explanado e diante estruturação da teoria luhmanniana, propõe-se, consoante destrinchado no próximo, a orientação os sujeitos operadores do direito a partir do Garantismo Jurídico, teoria que sustenta que a fundamentação das discussões jurídicas, sejam de construção legislativa ou de aplicação judicial, devem ser feitas com as normas consolidadas pelo princípio da legalidade e defende não interferência dos outros sistemas sociais no direito.

4 A DIMENSÃO ÉTICA DO SISTEMA JURÍDICO A PARTIR DO PENSAMENTO SISTÊMICO: O GARANTISMO JURÍDICO COMO UMA PROPOSTA DESCRITIVA À DESCRIÇÃO LUHMANNIANA

A partir da proposta de que o modelo luhmanniano do sistema jurídico pode ser considerado como um instrumento de manifestação dos atos e vontades da pessoa humana – e não somente como um fim em si mesmo –, ofertam-se, aqui, alguns delineamentos sobre a legitimação do direito e, por conseguinte, acerca da legitimação da atuação dos sujeitos operadores do sistema jurídico.

Alguns teóricos professam que a existência do direito e do Estado justifica seu caráter instrumental pela imprescindibilidade de se garantir condições necessárias à vida humana e ao seu desenvolvimento⁷². É tal o entendimento de Ferrajoli, que sustenta a

⁷² “As teorias do contrato social foram desenvolvidas em direções contrárias porque, em alguns casos, a positivação do direito enquanto tal passou para o primeiro plano, com o fenômeno a ser esclarecido; noutros casos, o fenômeno a ser esclarecido era a necessidade de fundamentação resultante dessa positivação” (HABERMAS, 2002b, p. 238). Adiante, “a partir do momento em que o Estado monopolizador do poder assume o papel do legislador soberano, que lhe permite um acesso exclusivo ao direito, este é reduzido a um simples meio de organização, dificultando qualquer ligação com a justiça e ponto em risco o caráter genuíno do direito. No entanto, a positividade do direito, agora dependente do soberano, não elimina a problemática de fundamentação, pois ela apenas é deslocada para a base mais estrita de uma ética profana pós-metafísica, desacoplada de cosmovisões. E, segundo a autonomia contratual, as pessoas privadas têm condições de criar direitos subjetivos. Ora, na ideia do contrato social, essa figura é generalizada de um modo interessante e utilizada para justificar moralmente o poder exercitado em formas do direito positivo e do poder legal: um contrato que todo o indivíduo autônomo celebra naturalmente com todos os outros indivíduos autônomos só pode ter como conteúdo aquilo que todos, no uso da razão, podem querer ao defenderem seus respectivos interesses. Este caminho admite regulamentações que gozam do assentimento livre de todos. Tal pensamento procedimental revela que a razão do moderno direito natural é, essencialmente, razão prática, ou seja a razão de uma moral autônoma. Esta exige que façamos uma distinção entre normas, princípios justificadores e processos – processos que seguimos para examinar se as normas podem contar com um assentimento geral à luz de princípios

existência de tais instituições para a funcionalização dos direitos fundamentais. Do mesmo modo, também assevera Habermas, para quem a constituição da sociedade, do corpo jurídico e do Estado, serve para a emancipação do próprio ser humano, tanto em virtude da natureza que lhe é exterior, como meio de prover suas carências físicas, quanto da natureza que lhe é interior, como forma de resistência contra o próprio ser humano (BAGGENSTOSS, 2012).

Por tais argumentos, essa também é a posição assumida neste trabalho, em que, considerando o interesse do ser humano em sua emancipação, abandona-se a concepção de Estado ético, que propunha a determinação estatal de uma virtude única à sociedade, bem como se é reticente à percepção do Estado e de suas instituições correlatas sob o prisma do utilitarismo⁷³, e volta-se à proposição de um Estado mínimo.

Para uma perspectiva libertária de Estado e do direito, faz-se necessária a tutela, inicialmente, de uma liberdade tal ao indivíduo que lhe seja viável a escolha de qual ética lhe é conveniente; assim, é indispensável a defesa do pluralismo ético, considerando a constelação de valores existentes na sociedade contemporânea.

Prima-se, assim, ao sujeito, uma liberdade ampla (não absoluta) de escolhas de comportamento. No entanto, com relação ao sujeito operador das instituições estatais, a sua atuação em tal funcionalidade é restrita à função legitimada pelo sistema a que está vinculado.

No caminho da emancipação, Habermas narra que, desde os gregos até a contemporaneidade, o ser humano retrocedeu à crença do mito para, dentre outros, legitimar tais instituições. E, aqui, filia-se ao pensamento de Luhmann ao apontar como útil, mas desnecessária a existência dessas teorias legitimatórias. O ser humano é o lobo dele mesmo? O ser humano é bom, mas fraco e, por isso, precisa de um ente externo a ele para garantir a sua sobrevivência? Essas e outras construções que objetivam a legitimação do Estado e do direito são mitos: narrativas metafóricas utilizadas para explicar e justificar a

válidos. Na medida em que a ideia do contrato social leva em conta tal procedimento para a fundamentação de ordens políticas constituídas juridicamente, o direito positivo é submetido a princípios morais. Isto sugere a hipótese, segundo a qual, ao passar para a modernidade, o direito foi precedido por uma mudança da consciência moral” (HABERMAS, 2002a, p. 238).

⁷³ Utilitarismo prima pela a maximização do prazer (hedonismo) ou do bem-estar e procura o sistema de direitos mais adequados à sua realização.

existências dessas instituições – como se o sujeito não tivesse o alcance para compreendê-los em sua natureza ou para que não houvesse possibilidade de questionamento. Tais posturas míticas são desnecessárias, irreais e, ainda, formatam no consciente coletivo uma natureza humana – boa, má, fraca – a qual provoca a obstacularização da comunicação entre os sujeitos⁷⁴.

E mais: as teorias legitimatórias foram construídas para fundamentar determinadas facticidades e sistemas de valores de uma época histórica específica. No período do Iluminismo, as teorias contratualistas surgiram como um ferramental alternativo à sua gênese de imposição de poder pelo Estado; ora, se o poder estatal fosse declaradamente reconhecido como nascido de um ato de violência, a sua legitimação remanesceria impossível. Ao contrário, ao referi-lo como um produto de um pacto, o poder estatal transmuta-se em algo racional e não violento, adequado a exigir a obediência de todos (PINZANI; DUTRA, 2005). Especificadamente, para Hobbes, a metáfora do contrato surge para controlar a guerra constante entre os indivíduos e apresenta como base fática a Guerra Civil da Inglaterra, no século XVII.

Atualmente, contudo, tais teorias legitimatórias não se sustentam. E, na renúncia das teorias mitológicas, é preciso rever e enfrentar “os degraus abandonados da reflexão”⁷⁵, de modo a alcançar um efetivo estágio de esclarecimento, atingindo o sujeito com a elucidação de sua situação individual e social a fim de que seja viável o caminho para a emancipação – o que se concretiza com a efetivação de condições mínimas existenciais.

É aí, então, que o panorama histórico e social da humanidade oferece razões legitimatórias para a existência atual do Estado e do direito⁷⁶, visto que, na narração histórica de busca pelas condições de indisponibilidade do direito pressuposto na regulação de conflitos e do

⁷⁴ Cf. BAGGENSTOSS, 2012, Capítulo 4.

⁷⁵ Desse modo, Habermas concorda com a visão de seus preceptores frankfurtianos, Adorno e Horkheimer, e inova ao apresentar um novo conceito de razão para a emancipação do ser humano (HABERMAS, 1987).

⁷⁶ Nesse sentido, Norberto Bobbio decreta que “os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas” (BOBBIO, 1992, p. 5).

seu caráter instrumental colocado a serviço do exercício de poder, a positivação do direito constitui apenas uma reação às transformações do pensamento jurídico, advindas do dinamismo social (HABERMAS, 2002b).

Por conseguinte, tendo em vista que a assunção de que o sistema jurídico é resultado da própria história, gerado para um fim específico, propõe-se que seja essencial que os sujeitos que nele atuem tenham a consciência da importância de sua função e coordenem seus planos de ação de acordo com a funcionalidade do sistema em que operam.

As operações realizadas pelos sujeitos atuantes no sistema jurídico transmutam-se em elementos comunicativos que não remanescem restritos no interior do direito, mas que produzem efeitos fáticos e de sentido aos outros sistemas e às consciências dos demais indivíduos. Na relação circular consequente, a significação de tais comunicações impactará o seio social e acarretará, subsequentemente, novas circunstâncias a serem analisadas novamente pelos sujeitos atuantes no sistema jurídico.

A circularidade observada em tal circunstância complexa pode ser lida como uma relação de comunicação entre o sujeito receptor da comunicação jurídica, o sujeito julgador e o sujeito legislador⁷⁷. Em virtude da característica da interação entre tais sujeitos, verifica-se a intersubjetividade entre eles – o que deve restar destacado na atuação dos mesmos no seio social. Essa consciência é oriunda do que Habermas denominou de razão ampliada, cujos pressupostos podem ser encontrados em Husserl, Max Weber e Heidegger.

Em Husserl (1986), encontra-se a ideia de intencionalidade da consciência, em que se percebe a superação do monologismo cartesiano e do subjetivismo exagerado dos modernos, e se define que a consciência sempre está dirigida a um contexto prático, de onde se percebe a consciência como razão em atividade conquistadora do real⁷⁸.

⁷⁷ Acrescente-se, também, a intersubjetividade formadora da condição humana dos sujeitos operadores do sistema jurídico. Cf. BAGGENSTOSS, 2012.

⁷⁸ O que define o real é permeado na metáfora hegeliana do senhor e do escravo (*Herr-Knecht*), em que se traça o processo de constituição da identidade da consciência em sua luta pelo reconhecimento da outra consciência: “Inicialmente uma consciência visa a submeter a outra, ao apreendê-la com objeto. Porém, precisa ser reconhecida pela outra, ou seja, precisa considerá-la

O elemento sociológico de Max Weber de ação racional com respeito a fins também é empregado por Habermas (1989), com vistas a uma ação voltada a um determinado objetivo. Em Heidegger (2000), Habermas encontra a concepção de linguagem como constitutivo primordial do ser, em que se verifica uma comunidade comunicativa.

Na conjugação dessas noções, Habermas formata uma concepção não metafísica de razão, promovendo a superação da subjetividade⁷⁹ e a formulação do paradigma da intersubjetividade, o qual representará a gênese do mundo da vida⁸⁰, especialmente, das instituições.

Adotando-se tal razão, na intersubjetividade caracterizada pela relação comunicativa entre os sujeitos mencionados, conforme referido no capítulo anterior, o sistema jurídico vai se (re)formando e se (re)construindo, a partir dos sentidos conferidos pelos seus operantes⁸¹. Uma vez que, pela linguagem, é possível arregimentar os motivos e os fatos históricos, é viável e apropriada a teorização de um processo de emancipação.

como sujeito. Assim, a outra consciência é ao mesmo tempo sujeito e objeto (MARCONDES, 2010, p. 228). A superação da visão do outro como objeto é alcançada somente com a consideração de que a relação do eu com o meu par é, além de condição fundamental, constitutiva e recíproca, uma vinculação de ser a ser, e não de conhecimento a conhecimento – noção da qual se extrai que o ser encerra em seu ser o ser de outro (SARTRE, 1997), no sentido de uma unidade indissociável com a *res* pensante, de forma a ampliar a concepção de mundo da vida e a riqueza da significação de “sujeito”. Cf. BAGGENSTOSS, 2012, p. 114-115.

⁷⁹ Assim, Habermas supera o conceito metafísico de razão é aquele que vincula a razão em uma autenticidade não própria, com a dependente de em Deus.

⁸⁰ O mundo da vida corresponde a um conceito de mundo compartilhado, a partir do qual se pode inferir a existência de estruturas da racionalidade comunicativa, por via reconstrutiva (ARAGÃO, 2002). Além disso, “[...] a pluralidade das formas e das histórias de vida contra a singularidade da história mundial e do mundo da vida, a alteridade dos jogos de linguagem e dos discursos contra a identidade da linguagem e dos diálogos, os contextos cambiantes contra os significados fixados equivocadamente” (HABERMAS, 2002b, p. 151). Cf. BAGGENSTOSS, 2012, p. 64.

⁸¹ Os destinatários também lhe podem conferir um sentido, considerando a polaridade da relação. Nessa simbiose de identidades dos polos, contudo, os efeitos são meramente prováveis, mas não certos.

Pra tanto, é imprescindível que sujeitos motivadores do sistema jurídico primem pelas mínimas condições de vida já institucionalizadas em um ordenamento jurídico. Assim, na esfera de produção legislativa e de aplicação do direito, observa-se, como mencionado anteriormente, o espaço para o agir comunicativo a partir da argumentação. Contudo, tal espaço é delimitado por conta da exigência de coerência do sistema jurídico, a qual induzem julgador e legislador a agir conforme as normas determinadas pelo direito, no que tange às suas atribuições constitucionais. Em tal sentido, pretende-se contribuir com a vinculação do Garantismo Jurídico como construção atual de pensamento orientativa à atuação de tais sujeitos.

Nesse compasso, inicia-se a exposição a partir do espectro antecessor dessa orientação jurídica contemporânea e de referência à leitura histórica respectiva para, posteriormente, alcançar a proposta objeto desta pesquisa.

4.1 AS TRANSFORMAÇÕES CONTEMPORÂNEAS DOS PARADIGMAS JURÍDICOS

Antes do modelo do Estado de direito, na pré-modernidade, a formação do direito não era legislativa, mas sim jurisprudencial ou doutrinária, cuja validade das elaborações dependia não da forma de sua produção, mas da intrínseca racionalidade ou justiça de seus conteúdos. Por isso, no lugar de haver um sistema unitário e formalizado de fontes positivas, existia uma pluralidade de fontes e ordenamentos procedentes de instituições diversas (e nenhuma com o monopólio da produção jurídica), como o Império, a Igreja, os príncipes, os municípios, as corporações (FERRAJOLI, 2003).

Nesse sentido, o positivismo jurídico consolida-se como ressignificação do direito, erigindo o princípio da legalidade como segurança jurídica e liberdade em face da arbitrariedade. A partir de então, tem-se a formatação do Estado de direito moderno, como Estado legislativo de direito. Com o princípio da legalidade e a redação de codificações, muda-se o paradigma da norma jurídica: ela é válida não por ser justa, mas exclusivamente por ter sido posta por uma autoridade dotada e com competência legislativa (FERRAJOLI, 2003).

Transmuta-se, por conseguinte, o paradigma da ciência jurídica, que não é mais o produto da sabedoria dos juristas e passa a ser uma

disciplina do direito posto, e o paradigma da jurisdição, em que a fonte de legitimação é a lei, e não mais a produção jurisprudencial (FERRAJOLI, 2003).

Nessa sequência, a partir da metade do século passado, há outra alteração do paradigma da ciência jurídica: o princípio da legalidade passa a ser subordinado a Constituições rígidas, hierarquicamente supraordenadas às leis como normas de reconhecimento de sua validade (FERRAJOLI, 2003).

Com a supremacia das Constituições rígidas, as condições de validade das leis aliam, à exigência da forma prescrita para sua produção, a coerência de seus conteúdos com os princípios constitucionais – ou seja, representam a introdução de uma dimensão substancial não somente nas condições de validade das normas.

Como consequência, o dogma epistemológico do direito foi alterado para primar pela dissociação entre Constituição e legislação. Enquanto aquela propõe as finalidades da legislação e a crítica, também visa a proteger o seu objeto. Para tanto, no Estado Constitucional de direito, a Constituição, além de disciplinar as formas de produção legislativa, também estabelece ao exercício de legislar proibições e obrigações de conteúdo, referentes aos direitos fundamentais (FERRAJOLI, 2003).

Além disso, a subordinação da lei aos princípios constitucionais igualmente representa uma modificação na natureza da democracia. Assim sendo, a democracia é um limite, pois os direitos constitucionalmente estabelecidos correspondem a proibições e obrigações impostas a todos os poderes da maioria, que de outra forma se tornariam absolutos. Do mesmo modo, Além disso, é um preenchimento, porque tais mesmas proibições e obrigações se configuram-se como outras tantas garantias dos direitos de todos (FERRAJOLI, 2003).

Assim, a natureza e a estrutura do direito, a natureza da ciência jurídica e a natureza da jurisdição foram substancialmente transformadas com dois modelos de Estado desenvolvidos no continente europeu:

a) O modelo paleojuspositivista do Estado legislativo de direito: surgido com o nascimento do Estado moderno como monopólio da produção jurídica.

b) O modelo paleojuspositivista do Estado constitucional de direito: advindo da difusão na Europa, depois da Segunda Guerra Mundial, das Constituições rígidas e do controle de constitucionalidade das leis ordinárias (FERRAJOLI, 2003).

Dessas transformações, é possível, então, perscrutar sobre as crises dos modelos de Estado, resultado do pensamento transformador da identidade do sistema jurídico.

4.1.1 A crise dos modelos de Estado de direito contemporâneos

Contemporaneamente, tanto o Estado legislativo de direito quanto o Estado Constitucional de direito apresentam uma crise que acarreta o retorno a uma ordem normativa jurisprudencial pré-moderna. O estremecimento do Estado de direito e sua tendência à regressão são originados pelo colapso da atribuição reguladora da lei e pelas inovações do papel criativo da jurisdição, o que, como efeito, resultam na perda da unidade e da coerência das fontes jurídicas e a concomitância de diversos ordenamentos concorrentes (FERRAJOLI, 2003).

A crise atinge o princípio da legalidade, tal como reconhecimento do Estado legislativo de direito, e é gerada pela corrupção da linguagem jurídica e pela inflação legislativa e a disfunção da linguagem legal, advindas de uma política que confunde as fontes do direito e, assim, provoca a degradação da legislação e da administração.

Diante de uma legislação desordenada, os magistrados veem-se na função de exercerem a função jurisdicional de modo mais ativo, o que produz a formação jurisprudencial ou administrativa do direito e caracteriza o modelo de direito pré-moderno e a perda de certeza, de eficiência e de garantias (FERRAJOLI, 2003).

De outro lado, também se pode afirmar que os espaços de jurisdição foram ampliados, especialmente no que diz respeito à interpretação e aplicação dos princípios constitucionais. Diante disso, o que se percebe é que uma disfunção no exercício da atividade jurisdicional que dá azo ao ativismo judicial, o qual se caracteriza pela negativa dos magistrados de obedecerem aos limites jurisdicionais determinados pela Constituição (TRINDADE, 2012).

Por conseguinte, há a afetação do papel da Constituição no que concerne à legislação, haja vista que o Estado legislador, faticamente, não seria mais o único responsável pela produção jurídica.

Em face de tal contexto, observa-se a deformação da estrutura constitucional democrática no que se refere à representatividade política e no que tange à subordinação aos limites e controles constitucionais baseados na tutela dos direitos fundamentais. Assim, grande parte da decisão e das fontes normativas, que são reservadas ao Estado legislador, remanescem distante de seu exercício.

O resultado, portanto, é fatídico: o risco de produção pseudolegal e consequente confusão na confusão das fontes do direito e na incerteza das competências. Assim, vê-se a dissolução da modernidade jurídica pelo “desenvolvimento de um incerto direito comunitário jurisprudencial”, em virtude da atuação ativa dos tribunais, e “a regressão ao pluralismo e à superposição dos ordenamentos que foram próprios do direito pré-moderno”, acarretando a perda do sentido das expressões princípio da legalidade e reserva de lei (FERRAJOLI, 2003).

Diante disso, tendo em vista o pensamento jurídico em transformação por causa da necessidade de se apresentar um modelo de Estado Constitucional que corresponda às necessidades sociais, pontua-se, das construções teórico-jurídicas atuais, a vertente exegetica do Garantismo Jurídico, a qual proclama um determinado sentido ao código do direito, como é exposto a seguir.

4.2 TEORIA DO GARANTISMO JURÍDICO: PROPOSTA DE ORIENTAÇÃO AO LEGISLADOR E AO JULGADOR

No panorama histórico-jurídico esboçado, configura-se a Teoria do Garantismo Jurídico, no intento de equilibrar a tensão entre liberdade e poder, visando à tutela das liberdades humanas diante das diversas formas de exercício arbitrário do poder – especialmente no que tange ao exercício jurisdicional.

Como resultado das inclinações emergenciais havidas a partir de meados do século passado, as quais se evidenciaram por meio de práticas de exceção oriunda de interesses setoriais da sociedade, a expansão das funções jurisdicionais e de seus espaços de discricionariedade, conforme mencionado anteriormente, buscou

respaldo argumentativo nos setores social, econômico e político do Estado (CADEMARTORI, 2007).

Entretanto, como citado, o desencadeamento de tais ocorrências causa a redução da capacidade regulativa do direito, a inadequação e a falta de efetividade de suas técnicas de garantia e, ainda, a tendência do poder político a se libertar dos controles jurídicos e a sediar-se em áreas não institucionalizadas (CADEMARTORI, 2007).

Esse espectro impulsionou a Teoria do Garantismo Jurídico à construção de uma base filosófico-política constituída pela doutrina liberal da separação entre direito e Moral, em que Ferrajoli, seu autor, na obra *Diritto e Ragione*, de 1989, propõe um modelo ideal de Estado de direito. Tal modelo deve apresentar a aproximação do direito positivo com o direito que realmente é observado no meio social, sob pena de deslegitimação, reclamando a aproximação entre direito válido e direito efetivo (CADEMARTORI, 2007).

Do termo *garantismo*, distinguem-se três acepções diversas e, concomitantemente, interligadas, as quais abrangem amplas noções sobre todos os campos do ordenamento jurídico.

Em um primeiro significado, há a constituição de um modelo de ordenamento jurídico dotado de instrumentos de garantia e tutela dos direitos fundamentais em face da arbitrariedade do poder. Em uma segunda acepção, tem-se uma teoria jurídica crítica que oferta meios para se verificar a legitimação das normas vigentes no interior do ordenamento jurídico. Ao final, em terceira definição, há a teoria filosófico-política em que se viabiliza a verificação de legitimação a partir do exterior das instituições jurídicas positivas, tendo como base a dicotomia entre validade ou justiça, qual seja entre ponto de vista jurídico ou interno, ou ponto de vista ético-político ou externo ao ordenamento.

Por sustentar um similar modelo de Estado e um modelo de direito baseados no princípio da legalidade, o Garantismo Jurídico apresenta aproximações com o Positivismo Jurídico; contudo, inova na ideia de configuração da norma jurídica e de fidelidade do magistrado à lei e no seu papel de mero aplicador do direito positivo vigente.

Na teoria garantista, o órgão jurisdicional possui a tarefa de identificar antinomias existentes do ordenamento jurídico e corrigi-las mediante declaração de juízos de invalidade das normas inferiores e de ineficácia das superiores. No entanto, os juízos acerca das lacunas

existentes devem ocorrer na esfera política, por meio do exercício estatal legislativo. Em tal senda, ainda, o Garantismo também se distancia da teoria positivista ao construir conceitos operacionais diferenciados de vigência e validade e, ainda, por delinear a eficácia como forma de legitimação ideológica do direito inválido vigente.

Assim, o Garantismo Jurídico consolida-se autonomamente e como uma teoria consistente do Estado e do direito, podendo ser visualizada como produto dialético do enfrentamento de teses defendidas anteriormente.

Igualmente denominada Constitucionalismo Garantista e Constitucionalismo Positivista, as principais teses do Garantismo Jurídico são:

a) a separação entre direito e moral, em que se diferencia a qualificação de uma norma como válida ou inválida (ao se analisar o direito internamente) e a qualificação de uma norma como justa ou injusta (se examinada pela perspectiva externa); haja vista que:

b) tal separação é tida a partir do postulado do filósofo empirista inglês, David Hume, que determina que não se pode deduzir prescrições de descrições, o que significa, entre outras coisas, que não se pode deduzir a moral do direito, visto que o direito válido não é por si um direito justo (CADEMARTORI, 2007). Separam-se, portanto, juízos de validade e juízos de valor.

O fundamento para tanto é claro: considerando que diversos princípios ético-políticos foram incorporados aos estatutos do Estado Constitucional de direito, os critérios de legitimidade ou ilegitimidade não estão mais em base externa ou jusnaturalista, mas em fundamento interno ou positivista (CADEMARTORI, 2007). O Garantismo Jurídico rejeita, por conseguinte, a mescla entre direito e Moral. Por isso, defende o ponto de vista autônomo do direito e sobre o direito, qual seja o ponto de vista externo da moral e da política (FERRAJOLI, 2012).

Além disso, como um modelo limite de Estado, promove a comparação entre o modelo normativo constitucional e o efetivo funcionamento do sistema. Nesse sentido, mensura-se um grau de garantismo do sistema penal italiano conforme a consideração de seus princípios constitucionais. Assim, o grau elevado com tal consideração e baixo em razão da verificação de sua pequena prática efetiva.

Desse modo, é possível a medição da adequação de um sistema constitucional para o fim de assegurar efetividade aos direitos

normativamente proclamados, em que é possível observar as dissonâncias teóricas com a prática: uma constituição pode ser avançada em virtude de princípios e direitos positivados e apresentar defeitos de técnicas coercitivas (garantias) que ofertem a efetividade de controle e a neutralização do poder e do direito ilegítimo (FERRAJOLI, 2002).

Perante tais considerações iniciais, vê-se o Garantismo Jurídico como uma *teoria prescritiva*, a qual determina os delineamentos de modelo estatal e jurídico; e como uma *teoria descritiva*, a qual visa a promover a análise comparativa entre o modelo e sua eficácia.

4.2.1 Descrição das acepções garantistas

Consoante introduzido, a teoria garantista estrutura uma rede de conceituações e diretrizes que envolvem o ordenamento jurídico, seu método de exegese, a instituição do Estado e as funções estatais legislativa e jurisdicionais.

Assim, seu desenvolvimento teórico é condizente com três prismas inter-relacionados: como Teoria do Estado, como Teoria Jurídica e como uma Filosofia do direito e Crítica da Política.

4.2.1.1 Modelo de Estado Garantista: Estado de direito e legitimação

O termo garantismo, no que tange a modelo de Estado, refere-se, sob o plano epistemológico, a um modelo de poder mínimo, em que o poder político consiste em instrumental de tutela idônea com a finalidade de minimizar a violência e a maximizar a liberdade.

Em tal senda, utiliza-se a expressão *Estado de direito* representando um modelo de Estado nascido com as modernas Constituições (e não apenas um "Estado legal" ou "regulado pelas leis"). O Estado de direito Garantista configura-se, em seu modelo ideal:

a) pelo plano formal, com princípio da legalidade: em que as funções do poder público – legislativo, judiciário e administrativo – são subordinadas às leis gerais e abstratas disciplinadoras das formas de exercício; ademais, a observância legal é submetida a controle de legitimidade por parte de órgãos estatais delas separados e independentes;

b) pelo plano substancial, o mote é a funcionalização de todos os poderes do Estado à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos,

equipado pela incorporação, em Constituição, dos deveres públicos limitadores correspondentes. Esses deveres correspondem às vedações legais de lesão aos direitos de liberdade e das obrigações de satisfação dos direitos sociais e dos respectivos poderes dos cidadãos de ativarem a tutela jurisdicional (FERRAJOLI, 2002).

A configuração formal consiste na fonte de legitimação formal de qualquer poder, e a configuração substancial, a fonte de legitimação substancial. Por tal razão, o Estado de direito não apresenta poderes desregulados e atos de poder sem controle, porque todos os poderes são limitados por deveres jurídicos quanto à forma e aos conteúdos de seu exercício, “cuja violação é causa de invalidez judicial dos atos e, ao menos em teoria, de responsabilidade de seus autores” (FERRAJOLI, 2002, p. 688).

Diante do exposto, sob a acepção de Teoria do Estado, o Garantismo representa um modelo ideal, ou modelo-limite, do Estado de direito e é vislumbrado por três planos:

- a) No plano epistemológico, caracteriza-se como um sistema cognoscitivo de poder mínimo,
- b) No plano político, como uma técnica de tutela cuja atribuição é diminuir a violência e maximizar a liberdade,
- c) No plano jurídico, como um sistema de direito e deveres impostos ao poder punitivo do Estado para a garantia dos direitos dos cidadãos (FERRAJOLI, 2002).

4.2.1.2 Teoria Jurídica Garantista e o princípio da legalidade

Sob o plano jurídico, a teoria garantista apresenta, com o fim de garantir os direitos dos cidadãos, um sistema de limitações determinadas ao exercício do poder estatal e especialmente, à função punitiva do Estado. Em decorrência desse delineamento, o Garantismo Jurídico sustenta a objetividade da interpretação e aplicação do direito, alcançando a primazia do princípio da legalidade.

O princípio da legalidade é fonte de legitimação do poder estatal e fonte exclusiva e exaustiva do direito positivo e, em face da função garantista do direito contra o arbítrio, consiste em um postulado jurídico inerente à teoria, originado de uma instância jusnaturalista de racionalidade e de justiça.

Desse modo, tal postulado é estabelecido em dois sentidos: (a) a legalidade como fonte formal de vigor das normas jurídicas, representando uma garantia de certeza e também de liberdade contra os poderes de outro modo desregulados; (b) a legalidade como estrita, fonte substancial da validade das mesmas normas, que compreende uma técnica de positivação dos direitos fundamentais, adequada para funcionalizar a respectiva tutela.

O primeiro sentido representará a legitimação formal do Estado; o segundo, a sua legitimação substancial.

Como corolário do princípio da legalidade, vê-se que o ideário moral do sistema social não é considerado no estudo do direito. Por conta da incorporação de diversos princípios éticos a seus estatutos jurídicos, sua peculiaridade é desvincular *ser* e *dever ser* – o que acarreta a separação, portanto, dos juízos de validade e dos juízos de valor.

Quanto aos juízos de validade, a teoria garantista do direito também firma uma nítida distinção entre o vigor das normas, sua validade e sua efetividade⁸².

Assim, à Teoria Garantista é aplicado o conceito de validade da definição kelseniana para a caracterização da norma jurídica no que tange à sua forma e à competência da autoridade que a emanou. Daí, extrai-se a definição garantista de vigência.

Para a apreciação da vigência de uma norma, tal juízo é construído por um intérprete autorizado pela lei que confere a uma mera constatação de existência de uma norma no interior do sistema jurídico.

⁸² “Esta distinção [...] é essencial para compreender a estrutura normativa do Estado de direito, caracterizada: a) por pertencerem as normas vigentes a níveis diversos e hierarquicamente ordenados, cada um dos quais se configura normativo respectivamente àquele inferior, e como fático respectivamente àquele superior; b) pela incorporação nas normas superiores das obrigações e vedações que disciplinam a produção das normas inferiores, e cuja obtemperação é condição da efetividade das primeiras e da validade das segundas; c) pelas antinomias produzidas pelas violações das normas superiores por parte das inferiores, e pelo simultâneo vigor de umas, ainda que não efetivas, e de outras, ainda que inválidas; d) pela consequente ilegitimidade jurídica que, em qualquer medida, investe sempre os poderes normativos, legislativo e judiciário, e que é tanto maior quanto mais ampla mas não efetiva é a incorporação limitativas dos deveres nos níveis mais altos do ordenamento” (FERRAJOLI, 2002, p. 699).

É um juízo de direito ou técnico, pois se limita a constatar que a norma cumpre os requisitos formais de competência, procedimento, espaço, tempo, matéria e destinatário. E como tal, é suscetível da verificação de verdade ou falsidade (SERRANO, 1999).

Por conseguinte, o conceito de validade garantista incorpora um elemento conteudístico em sua definição, qual seja a verificação com os direitos fundamentais. Uma norma será válida, portanto, por sua correspondência às normas jurídicas formais e também às normas materiais referentes aos direitos fundamentais⁸³, trazendo uma ética material dos valores.

Há, assim, uma interligação entre validade e vigência: para que uma norma seja submetida ao juízo de validade, deve ter sido considerada pela vigência, diante da inviabilidade de se cunhar como válida uma norma que não seja vigente.

Para uma norma ser válida, portanto, deve obedecer aos seus requisitos procedimentais e às normas substanciais do ordenamento jurídico. Por sua vez, a mera correspondência aos critérios formais de produção normativa confere vigência à norma, tão somente.

Nesse sentido, o juízo de validade é o construído por um intérprete autorizado pelo direito vigente, em virtude do qual declara que determinada norma vigente (com validade formal kelseniana) é adequada ao conteúdo das determinações legais dos níveis superiores do ordenamento, independentemente se tais determinações são regras ou princípios, valorativas ou neutras, justas ou injustas, eficazes ou ineficazes (SERRANO, 1999).

⁸³ De acordo com a teoria kelseniana, a validade de uma norma encontra-se em uma norma anterior no tempo e superior hierarquicamente, a qual indica as diretrizes formais para que tal norma seja válida. Assim, há, em tal teoria, um mecanismo de derivação e hierarquia entre as normas jurídicas (. Em seu contraponto, Ferrajoli afirma que esse conceito de validade é incorreto, tendo em vista que, no seu entender, uma norma seria inválida se não estivesse de acordo com os direitos fundamentais elencados na Constituição. Por conseguinte, na hipótese de uma norma ingressar no ordenamento jurídico em desacordo com as normas referentes aos direitos fundamentais, tal norma seria inválida, em razão de não estar de acordo com a matéria, pressuposto indispensável de validade das normas jurídicas. É nesse sentido, ainda, que Ferrajoli afirma que o conceito de validade em Kelsen se confunde com o de vigência. Cf. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo, Martins Fontes, 2009; FERRAJOLI, 2002.

A assunção da desvinculação da validade, vigência e eficácia infere ao órgão jurisdicional a possibilidade de emitir um juízo valorativo em que normas jurídicas conflitantes sejam questionadas em sua validade a partir de sua verificação a par das normas constitucionais. Tal juízo valorativo não tem o condão de desconstituir o preceito de separação entre direito e Moral. Segundo Ferrajoli (2002), essa postura reafirmaria, sim, a função cívica, política e científica do órgão jurisdicional impedir que sejam mantidas no sistema jurídico normas cuja validade, formal ou substancial, esteja em desacordo com as normas de hierarquia superior.

4.2.1.2.1 Consectários garantistas de exegese

Considerando o princípio da legalidade e os juízos de validade a serem procedidos pelo magistrado, deve-se esclarecer sobre o dogma referente à existência de uma obrigação jurídica do juiz de aplicar as leis vigentes.

É notório que, para a legitimação da atividade jurisdicional, o magistrado deve exercer suas funções de acordo com o que é estatuído juridicamente. Mas, quando as leis vigentes são suspeitas de invalidez, a partir do juízo aplicado pelo juiz, seu exercício jurisdicional, conforme o Garantismo Jurídico, deve não aplicá-la, apesar de a lei estar expressa por um texto legislativo não anulado.

Além disso, ao contrário do posicionamento das doutrinas juspositivistas acerca do caráter avalorativo da ciência jurídica e da não possibilidade de crítica a partir do seu interior (apenas do exterior, e em sede moral e política)⁸⁴, a teoria garantista infere que é tarefa do jurista valorar a validade ou invalidez das normas com base em parâmetros da validade, tanto formais quanto substanciais, ditadas pelas normas jurídicas que sejam superiores a ela (FERRAJOLI, 2002).

⁸⁴ “Sobre esta base, Kelsen configura a teoria do direito como ‘pura’, isto é, isenta de juízos ‘subjetivos de valor’”. Bobbio ainda enuncia como “jusnaturalista toda a subordinação dos juízes de validade a juízos de valor” (BOBBIO, 2006, p. 196-201). Analogamente, Kelsen denomina os juízos jurídicos de validade de “juízos de valor objetivo”, caracterizados pelo fato de que nesses “a existência do valor do direito é verificável objetivamente” (KELSEN, 2009, p. 48).

Nesse sentido, o juízo de validade material das leis é um juízo de valor, confiado à valoração operativa do juiz e ao exame doutrinal do jurista.

Especificamente no que tange à análise do juiz, em que pese o princípio da legalidade excluir do exercício jurisdicional, como regra geral, qualquer poder de denotação, conotação e de disposição interpretativa, pode ser conferido ao magistrado um poder de reprovação sobre leis de modo excepcional: quando a lei derogar o próprio princípio da legalidade. Assim, tanto menos a lei for vinculada à Constituição para sua aplicação, tanto mais o magistrado é autorizado a censurar nela a invalidade (FERRAJOLI, 2002).

Esse poder de reprovação de lei – que também pode ser denominado de poder de disposição – é condicionado aos vícios do sistema jurídico, quais sejam as lacunas e as antinomias: estas representam violações consistentes em comissões; aquelas, violações consistentes em omissões (FERRAJOLI, 2002). Pelo exposto, conforme o Garantismo Jurídico, as antinomias devem ser enfrentadas e sanadas no exercício do poder jurisdicional. Já as lacunas, somente a partir da iniciativa legislativa.

Em tal panorama, portanto, tem-se clara a separação dos juízos axiológicos e de validade, os quais acarretam o delineamento das falácias combatidas pela teoria garantista.

4.2.1.2.2 Falácias teóricas combatidas pelo Garantismo Jurídico

A tese da separação entre direito e Moral sedimenta, nesse compasso, a distinção e a divergência entre justiça e validade, esclarecendo-as de modo que se identifiquem as seguintes falácias:

a) a falácia jurnaturalista, relativa à tendência de identificar e confundir validade e justiça; e

b) a falácia ético-legalista, que diz respeito à tendência de identificar e confundir justiça com validade (FERRAJOLI, 2012).

Assim, a abordagem juspositivista permite evidenciar o caráter juridicamente normativo da Constituição e desmitificar outras duas falácias – que geram divergências deônticas entre validade e vigência:

a) a falácia normativista, resultante da teoria kelseniana, que impede o reconhecimento da existência de normas inválidas, como se vigentes; e

b) a falácia realista, que impede o reconhecimento da existência de normas válidas, mesmo se ineficazes, e de normas inválidas, mesmo se eficazes (FERRAJOLI, 2012).

De acordo com tal teoria constitucionalista garantista, portanto, é inconcebível a perquirição acerca do consenso do direito com a Justiça ou com a Política (o que representa o exame do sistema jurídico a partir de um ponto de vista externo), uma vez que caracterizaria uma desconstrução do Estado de direito. Tal tarefa, pois, caberia à filosofia político-jurídica.

Logo, nesse modelo teórico, conforme já afirmado a reparação das lacunas jurídicas é papel da política legislativa, e não do ativismo interpretativo dos juízes. A estes, é atribuída a função de anulação das normas inválidas, no que diz respeito às antinomias jurídicas (FERRAJOLI, 2012).

É por isso que, segundo essa teoria, os juízes devem processar e julgar os processos postos ao exame jurisdicional à luz da Constituição, modulando o seu alcance normativo de acordo com os princípios constitucionais. Em tal exercício, o órgão jurisdicional deve articular as normas e os direitos implícitos do sistema jurídico vigente, de forma a excluir as interpretações incompatíveis com a Constituição e, assim, aplicar as normas constitucionais em todos os casos nos quais não se exigem leis de regulamentação (FERRAJOLI, 2012).

Assim, não são quaisquer elementos externos que poderão ser incorporados ao sistema jurídico por meio da decisão judicial, mas somente aqueles que apresentarem uma identificação direta com o código jurídico. E, por meio da atividade legislativa, devem ser incorporados elementos que tiverem passado pelo crivo do ponto de vista externo, amplamente debatido pela filosofia político-jurídica.

Nesse ponto, os juízos emitidos pelo magistrado a respeito da vigência e da validade de uma norma correspondem à valoratividade e à discricionariedade dos juízos de validade: os juízos sobre vigência são juízos de fato, pois apreciam a correspondência da norma a critérios de forma; já os juízos sobre a validade são juízos de valor, visto que comportam um grau de discricionariedade que conduz a um espaço de ilegitimidade irredutível (FERRAJOLI, 2002). Porém, tal ilegitimidade não possui força para comprometer o Estado de direito de forma relevante.

Por sequência, a eficácia significa a correspondência entre o modelo garantista e a prática, sendo os modelos válidos e ineficazes e as práticas, eficazes e inválidas.

Aqui, então, chega-se à definição de justiça para o exame garantista: caso haja correspondência entre vigência e validade, verificar-se-á justiça interna (ou legal); na hipótese de consonância entre os princípios normativos e valores políticos externos, ter-se-á, a justiça externa.

Assim, portanto, enquanto a verificação da justiça interna, é função da atuação jurisdicional, a análise da justiça externa é promovida na esfera política. Em que pese a diferenciação do âmbito do exame da justiça, ambas devem ser procedidas a partir dos limites, respectivamente, da discricionariedade judicial e da discricionariedade política.

4.2.1.1.3 A discricionariedade garantista: discricionariedade política, discricionariedade judicial e arbitrariedade

A regressão à fonte jurisprudencial do direito, como um dos motivos para a crise do Estado Constitucional de direito, tem como fator, igualmente, as dúvidas acerca dos limites dos poderes judiciário e legislativo e de suas respectivas atuações discricionárias.

Especificamente no tocante à produção e aplicação do direito e aos questionamentos acerca dos espaços de discricionariedade, Ferrajoli (2006) sustenta que se deve estabelecer qual o conceito de discricionariedade própria do exercício de qualquer poder. Dessa forma, a celeuma pode ser resolvida redimensionando-se o alcance da discricionariedade e pela análise de seus tipos. Diferencia e delimita, portanto, a discricionariedade política da discricionariedade judicial.

A discricionariedade política contempla as funções governamentais e legislativas, cujo campo é o da política social. Em seus limites, a formação das leis representa a realização contínua e legítima das opções políticas sobre a prioridade que convém atribuir aos diferentes tipos de direitos. Adverte-se que seu âmbito de atuação não consiste em opções interpretativas, relativas aos significados dos direitos constitucionais estabelecidos, mas sim na determinação de normas novas, mais inovadoras e discricionárias que as opções produzidas na aplicação constitucional (FERRAJOLI, 2002).

Por conseguinte, são nessas possibilidades políticas, relativas a técnicas de garantia mais adequadas aos distintos tipos de direitos, às prioridades adotadas e à destinação de recursos, em que reside o espaço autônomo da política.

Já a discricionariedade judicial caracteriza-se como atividade interpretativa e probatória da aplicação das normas legais ao objeto *sub judice*. É uma atividade tendencialmente cognoscitiva e dá-se com a sujeição à lei, estando limitada à interpretação das normas que poderão ser aplicadas. Assim, a sua fonte de legitimação não é a fonte político-representativa própria das instituições de governo, mas a sujeição à lei.

Ao espaço da jurisdição e da discricionariedade judicial pertencem só as controvérsias e decisões interpretativas referentes ao significado das leis passíveis de aplicação – o que, no entendimento de Ferrajoli, deveria ser suficiente para acabar com o fantasma do “governo dos juízes” (FERRAJOLI, 2002).

4.2.1.3 Filosofia Política Garantista: doutrinas políticas autopoieticas e doutrinas políticas heteropoieticas

Como Filosofia Política, o Garantismo sustenta criticamente que deve haver, na estrutura institucional política, a equivalência entre o discurso normativo e a prática com a tutela e garantia de bens e interesses que justificam sua existência (CADEMARTORI, 2007), para que se possa verificar a justificação externa entre direito e Estado.

Essa crítica deve analisar a legitimação dos sistemas políticos e, para tanto, deve se pautar pela eventual perda de legitimação a partir do exterior das instituições jurídicas positivas, baseadas na separação do ponto de vista jurídico ou interno, o qual consiste na valoração e crítica do direito vigente com base no critério de validade; de ponto de vista ético-político ou externo, referente à valoração e crítica do direito vigente com base no juízo de político da justiça.

Para classificar a legitimação dos sistemas políticos, conforme referido no capítulo anterior, Ferrajoli (2002) adota os termos luhmannianos de autopoiese e heteropoiese e os enquadra aos tipos de organização política de Estado-fim e de Estado instrumento (eticismo político ou utilitarismo). Assim, têm-se as doutrinas políticas autopoieticas e doutrinas políticas heteropoieticas.

Desse modo, o Estado “é de per si um desvalor, isto é, um mal menos sujeito enquanto tal ao ônus da justificação externa e *a posteriori*” (FERRAJOLI, 2002, p. 707), o que é feito sob a análise dos concretos conteúdos justificadores – ou não – da sua produção.

Em suma, contrapondo ambas as doutrinas,

[...] o ponto de vista das doutrinas do primeiro tipo é unicamente aquele interno do Estado, que, enquanto fim ou valor, subordina a si mesmo seja a sociedade, sejam os indivíduos, e o ponto de vista das doutrinas do segundo tipo é sobretudo aquele externo da sociedade e das pessoas que a compõem, consideradas essas mesmas com fins e valores relativamente aos quais é o Estado um meio instituído para sua tutela (FERRAJOLI, 2002, p. 706).

Ressalta-se que, apesar da adoção da terminologia de Luhmann, Ferrajoli alega não aderir ao pensamento sistêmico mencionado no primeiro capítulo. Isso porque acredita que a construção teórica luhmanniana é autopoietica e que não impõe limites ao poder do Estado.

Por conseguinte, Ferrajoli caracteriza o Garantismo como uma doutrina da fundamentação externa do Estado nos direitos fundamentais, que define como faculdades ou expectativas de todos que representam as conotações substanciais da democracia e que estão constitucionalmente subtraídas ao arbítrio das maiorias como limites ou vínculos intransponíveis das decisões de governo, tais como o direito à vida, aos direitos de liberdade, aos direitos sociais, à subsistência, à saúde, à instrução, à conservação do ambiente, dentre outros⁸⁵.

Cabe, então, ao Estado, a função primordial e fundante de garantir os direitos fundamentais, o que significa que os poderes estatais não são considerados como justos, mas sim se legítimos ou não de acordo com o seu exercício no que se refere à titularidade, à razão, ao momento e ao modo.

⁸⁵ Em outro sentido: os direitos fundamentais são “aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a ‘todos’ los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar” (FERRAJOLI, 1999. p. 37).

4.3 A FORMAÇÃO E A APLICAÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO A PARTIR DAS DIRETRIZES GARANTISMO JURÍDICO

Na relação circular interativa, caracterizada pela comunicação enunciada pelos sujeitos legislador e julgador aos destinatários e ao retorno do impacto dessa comunicação, há a constante reformulação do sistema jurídico, cuja identidade é conferida pela orientação assumida pelos operadores do direito.

Sob a linguagem luhmanniana, a atuação dos sujeitos permite estabelecer uma relação de sentido com ocorrências fáticas, significações e o sistema jurídico, de modo que determinados elementos sejam reproduzidos dentro de tal estrutura, ou inseridos ou selecionados como não direito. Nesse trilhar, a atuação dos sujeitos e o sentido que estes conferem ao sistema jurídico implica uma seleção interna de uma alternativa de atuação frente ao meio do sistema e a definição dos limites do sistema, interferindo no fechamento operacional e, também, na abertura cognitiva.

A abertura cognitiva, de acordo com a respectiva explanação no Capítulo 2, consiste na forma de relação entre os elementos do sistema e do ambiente, observada pela comunicabilidade. Consoante aqui proposto, tais relações ocorrem não especificamente em conformidade com a predisposição da estrutura sistemática – a partir da sua capacidade de suportar interferências externas –, mas essencialmente em razão do sentido conferido às ações do magistrado e pelo legislador. É imprescindível, da mesma forma, pelo exposto no Capítulo 3, que a atuação de tais sujeitos seja racional, de modo a garantir a manutenção e a incolumidade do sistema jurídico.

Para tanto, a partir do prisma luhmanniano, é necessário observar que os elementos comunicativos alienígenas a serem inseridos no interior do ordenamento jurídico sejam compatíveis com a estrutura sistêmica, sob o risco de causar um colapso na estrutura sistêmica. Assim, também, as novas inserções devem respeitar o código direito a fim de que se impeça a colonização do sistema jurídico por outros subsistemas sociais. Logo, a inserção de novos elementos comunicativos no sistema jurídico deve observar o próprio procedimento disciplinado pelo direito, em correspondência formal e material.

É nesse ponto que se pode vislumbrar a possibilidade de delineamento de uma dimensão prescritiva com base no Garantismo Jurídico, notadamente no que diz respeito à influência ou orientação da atuação dos sujeitos julgador e legislador.

4.3.1 Perspectiva orientativa do sujeito da Teoria Garantista

Contrário ao ativismo judicial⁸⁶, o Garantismo Jurídico sustenta que a reparação das lacunas e das antinomias não é, pela estrutura da

⁸⁶ Alguns teóricos⁸⁶ equiparam o ativismo judicial com a criação judicial do direito, em que o magistrado deteria um poder criador (normativo), atuando como instrumento em condições de atribuir dinâmica a um direito estático produzido pelo legislador. No entanto, há uma série de implicações correlatas ao ativismo judicial além da Teoria do direito, as quais interferem na política. Nesse âmbito, o ativismo judicial caracterizará, em última instância, uma deslegitimação do Estado Legislador em relação à sua atividade típica de estabilizar as expectativas no que se atine aos valores selecionados pela sociedade. Nesse sentido, Kmiec apresenta as principais modalidades de ativismo judicial: 1. Invalidar ou afastar a aplicabilidade de atos oriundos de outros Poderes. Conforme já referimos anteriormente, *judicial activism* e *judicial review* não se confundem, pois neste existe um controle de legitimidade constitucional de atos normativos ou com força de lei, enquanto naquele a decisão se baseia em argumentos políticos, como, por exemplo, o fato de uma dada lei ter sido aprovada por liberais. 2. Afastar a aplicação de precedentes. O ativismo judicial pode deixar de afastar precedentes verticais, vindos de instâncias superiores ou inferiores, bem como precedentes horizontais. Esse último caso se mostra mais gravoso, uma vez que um entendimento consolidado pela própria Corte está deixando de ser aplicado a um caso que demandaria a sua aplicação. E o que ocorreu no recente *Citizens United v. Federal Election Commission*, julgado em janeiro de 2010, pela Suprema Corte dos Estados Unidos, onde “os cinco juízes conservadores, por sua própria iniciativa, sem qualquer pedido das partes no processo, declararam que as corporações e os sindicatos têm o direito constitucional de gastar tanto quanto desejarem em comerciais de televisão especificamente eleitoral ou visando a apoiar determinados candidatos”. 3. Atuar como legislador. Mesmo tendo a legitimidade para atuar apenas como “legislador negativo”, isto é, para remover do ordenamento jurídico normas inconstitucionais, outra prática nociva é a de proferir decisões que se constituem em verdadeiras criações legislativas, pois vão além das competências jurisdicionais, costumam ser *extra petita*, geram instabilidade institucional e culminam na produção de insegurança jurídica.

separação dos poderes, função interpretativa dos magistrados, mas do legislador. Nesse sentido, questionamentos acerca da justiça da norma ou de sua eficácia devem ser realizados no meio filosófico-político.

A função interpretativa do julgador, pautada pela aplicação da norma jurídica enquanto válida (tanto formal como materialmente), é, guiada pela Teoria Garantista, uma atividade que tem em vista a fidelidade ao procedimento equilibrada com a sensibilidade material do magistrado (mais: âmbito de discricionariedade). Portanto, não são quaisquer elementos externos que poderão ser incorporados ao sistema jurídico por meio da decisão judicial, mas somente aqueles que apresentarem uma identificação direta com o código jurídico pelo âmbito de discricionariedade do julgador.

Diante disso, com a incorporação de princípios ético-políticos pela Constituição, a Teoria Garantista prima por critérios internos de legitimidade, o que fortalece o princípio da legalidade com a atenção voltada ao direito positivo vigente. Pela orientação de tal teoria, destarte, o sujeito julgador primará pela condução das operações do

Trata-se de algo por completo diverso de uma inovação jurisprudencial: o fundamento decisório está na própria decisão ou em uma interpretação torpe de legislação não aplicável ao caso, como, por exemplo, mediante analogia entre casos que não possuem a mínima identidade entre si. 4. Utilização de técnicas hermenêuticas reconhecidas pela doutrina. Trata-se de uma situação intermediária entre o uso nocivo do ativismo judicial e o uso positivo. A diversidade de técnicas interpretativas e decisórias atribui ao julgador uma ampla gama de possibilidades para produzir a decisão. Todavia, o fato de estar prevista na doutrina não significa que já esteja sendo jurisprudencialmente empregada, o que pode dar ensejo a uma prática ativista nociva, quando não estiver vinculada à efetividade de direitos fundamentais ou supremacia da Constituição. 5. Julgamentos predeterminados a fins específicos. Essa é a modalidade mais nociva de ativismo judicial: atender a um fim específico, mesmo que para tanto seja necessário uma decisão *contra legem* ou *extra petita*. Não podemos confundir essa situação com as naturais orientações morais, ideológicas e políticas que cada um de nós possui e influenciam o modo como interpretamos os fatos, o mesmo valendo para como os magistrados julgam, obviamente. Porém, ser influenciado por orientações pessoais de natureza diversa não significa estar orientado a determinado fim: a predeterminação remete ao decisionismo político, algo que merece maiores considerações (TEIXEIRA, 2012). Cf. KMIEC, Keenan D. The origin and current meaning of "judicial activism". **California Law Review**, v. 92, n. 5, 2004.

sistema jurídico selecionando elementos eminentemente jurídicos, em detrimento a comunicações de outros sistemas sociais.

No mesmo sentido, pela concepção luhmanniana, uma das funções do juiz é a aplicação das leis, em obediência às instruções do legislador e em observância às delimitações sistêmicas de suas operações. Por tal motivo, o julgador possui a função de interpretação e aplicação das normas jurídicas, de modo que eventual mudança ou complementação legal deve ser procedida pelo sujeito legislador.

Contudo, como pinçado da crítica de Habermas, a neutralidade da descrição do sistema jurídico e o esvaziamento do sentido ilocucionário das normas colocam em risco a autonomia do sistema jurídico. Por isso, reitera-se, é imprescindível a existência de argumentações condizentes com uma ação racional referente ao sistema jurídico. Essa racionalidade, portanto, representa a ação orientada a um determinado fim, a ser exercida pelo sujeito magistrado e pelo sujeito legislador.

Para tal norte, o Garantismo Jurídico oferece determinada figura epistemológica que sedimenta na orientação acerca da origem, da estrutura, dos métodos, da construção e da validade do conhecimento jurídico, o que é difundido pela esfera legislativa e pela seara judicial.

4.3.1.1 Fase de formação: âmbito legislativo

Na sociedade moderna, sob o prisma de Luhmann, a Constituição é o acoplamento estrutural do sistema jurídico. Sua importância reside na determinação dos direitos fundamentais e na imposição de limites do poder político, especialmente no tocante à produção legislativa. É o acoplamento estrutural, com as disposições a respeito do processo legislativo, então, que permite legalmente a comunicação especial entre o sistema político e o sistema jurídico.

A diferenciação entre competência legislativa e judicial é formatada por tais procedimentos específicos do sistema, a ser observado pelo sujeito legislador.

A atividade do legislador, no contexto do sistema jurídico, é de vital importância para a oxigenação do direito e de sua correlação com as necessidades de estabilização social. A atuação do legislativo, nesse compasso, desenvolve-se pela seleção das informações presentes no ambiente externo ao sistema jurídico, as quais são filtradas pelo

processo legislativo, de forma a conferir vigência e validação às normas jurídicas.

Essa escolha, denominada como positividade, será direcionada conforme com o objetivo do sujeito legislador. Dependendo de qual orientação adotar, redundar-se-ão nuances diversos à identidade do direito.

Pela orientação garantista, o legislador é ciente de que sua atuação não é irrestrita, mas deve se vincular aos preceitos constitucionais, especialmente no que se atine a bens e valores constitucionais, de modo a primar pelas normas já válidas no ordenamento jurídico. A sua atuação, de modo geral, por consequência, restringe-se à complementação das lacunas existentes no sistema direito⁸⁷ – seja em especificação a direitos já existentes ou tangenciais a novos direitos.

⁸⁷ Ferrajoli ensina que “as antinomias e as lacunas são sempre possíveis num sistema nomodinâmico, em relação ao qual, coerência e completude são *principia iuris tantum* e não *in iure*.” “Isso quer dizer que se a unidade, a completude e a coerência não são vistas pelo pensamento jurídico dominante como características próprias dos sistemas jurídicos, mas como pré-condições de seu funcionamento, é porque são vistos como princípios que não esclarecem o “ser” do direito positivo, mas enunciam um “dever ser” não imperativo, ou seja, são orientações teóricas que, por isso, no máximo, facilitam a atuação dos intérpretes para assegurar a funcionalidade e a existência do direito positivo enquanto *corpus iuris*. É por isso que admite – não sem decepção – que, no atual contexto da teoria do direito, os princípios teóricos da unidade, completude e coerência não são mais que *principia iuris tantum*. O pensamento jurídico atual reconhece-lhes a natureza de *principia iuris*, mas não de *principia iuris et in iure*, pois são vistos e aceitos como externos ao direito positivo – que se identifica com a *artificial reason*, ou seja, com a razão jurídica normativa em face de si mesma” (CADEMARTORI; STRAPAZZON, 2010). Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoria do direito e da democracia. Bari: Laterza, 2007.

4.3.1.2 Fase de retroalimentação do âmbito judicial: a reprodução pela aplicação do sistema jurídico e/ou a construção de novos elementos comunicativos

Sob o prisma sistêmico, a decisão jurídica⁸⁸ prolatada por um órgão jurisdicional, além de conter em si o código direito, também pode apresentar outros códigos, como um código da política – o que implica a politização da justiça – ou um código da economia – na aplicação do binômio custo-benefício.

Considerando que são os tribunais que desempenham a função de tomada de decisões jurídicas e de reprodução do sistema jurídico⁸⁹, será possível verificar que a corrupção das decisões aparece quando tal órgão decidir com base fundamental em outros códigos que não o definidor do direito.

Todavia, são esses mesmos órgãos a que caberá identificar, também, o que é ou não jurídico. E o formato da abertura cognitiva extraída pelo Garantismo Jurídico determinará qual natureza dos elementos não-jurídicos cuja inserção no sistema jurídico será permitida e, por conseguinte, considerando a necessidade de se manter a identidade do sistema, o fundamento de existência e o objetivo do ordenamento jurídico.

⁸⁸ Toda decisão que estabelece uma referência comunicativa à diferença entre direito e não direito. Por isso, a produção de decisões jurídicas pode ser observada em outros sistemas sociais tribunais. Assim, toda decisão que utiliza o direito como sistema de base é uma decisão jurídica, ainda que promovida por sistemas de organização que não fazem parte das instituições jurídicas tradicionais.

⁸⁹ “E isso pode ser observado em qualquer sistema de organização central vinculado a cada sistema/função da sociedade (MIRANDA; SIMIONI, 2005). E essa corrupção de códigos também pode ser observada como um problema de falta de diferenciação funcional ou “alopoiese” (NEVES, 1994, p. 265), como também, sob uma hipótese colocada por Luhmann (2003), como uma questão de acoplamento estrutural entre uma forma funcionalmente diferenciada de sociedade – típica da Modernidade – e outra forma de sociedade estratificada – típica da Idade Média –, convivendo simultaneamente em países de modernidade periférica como o Brasil, que convive com formas modernas de organização social e ao mesmo tempo convive com sistemas feudais e favorecimento os pessoais em muitos âmbitos de decisão jurídica, política e econômica” (SIMIONI; BAHIA, 2009, p. 73-74).

Uma das modalidades de decisão judicial essenciais para a manutenção do sistema jurídico é a que se refere ao controle de constitucionalidade, o que, juntamente com a supremacia da Constituição, se caracteriza como mecanismo característico das constituições modernas e, também, como fechamento operacional do sistema de direito.

O controle judicial da constitucionalidade, promovido pelos órgãos jurisdicionais de modo difuso ou concentrado, objetiva verificar a compatibilidade de um determinado ato à Constituição. Tal verificação deve ser promovida por decisão judicial devidamente fundamentada (como todas); assim, contará com espaço para argumentação do sujeito magistrado. É possível que tais operadores divirjam em suas decisões: dependendo de sua orientação⁹⁰, uma

⁹⁰ Assim, da mesma forma que a atuação legislativa, esse complexo semântico dependerá da orientação teórica adotada pelo julgador Contemporaneamente, pode-se indicar que, ao lado do Garantismo Jurídico, a Teoria Neoconstitucionalista e a Análise Econômica do direito, não objeto deste trabalho, também oferecem ferramentas para que se modele as instituições jurídicas e estatais conforme suas compreensões epistemológicas de produção e de aplicação do direito. A base do Neoconstitucionalismo é firmada no equacionamento entre as dimensões do direito, Moral e política e de como se relacionam entre si. Além disso, a racionalidade moral desempenha um importante papel na formação do discurso de racionalidade jurídica. Assim, já se permite a introdução de elementos de justiça e políticos no ordenamento jurídico. No panorama delineado, o Neoconstitucionalismo representa a defesa à extrapolação os limites da atuação do magistrado, privilegiando a proatividade jurisdicional e sustentando o ativismo judicial. É possível representar o ativismo judicial pela correlação com o juiz Hércules, mencionado por Dworkin e, apesar de sua expressão e atividade serem verificadas em momento posterior à Constituição de 1988, os Estados já o conhecem o *judicial activism* desde o início do século XX. Assim, a ciência jurídica e jurisprudência reivindicam o seu papel associado à ponderação dos princípios em seu pretenso papel de fontes supremas do direito. Assim, tem-se a uma espécie de regressão ao direito jurisprudencial pré-moderno como resultado paradoxal que a experiência jurídica mais avançada da modernidade – representada pela positivação do “dever ser” do direito e pela sujeição de todos os poderes a limites e vínculos jurídicos (FERRAJOLI, 2012, p. 55). Nessa extrapolação, é provável a inserção de elementos alienígenas no sistema jurídico que acarretem a dependência do direito a outro código e a desconfiguração da identidade do direito, em virtude da forte interferência promovida pela orientação do sujeito

determinada normativa não seja decretada constitucional e, assim, expurgada do sistema jurídico, ao passo que, se proferida por magistrado com outra ação racional, manifeste-se pela constitucionalidade do ato.

Do mesmo modo, sob a vista comparativa, decisões judiciais poderão apresentar divergências e resultados diversos – quiçá até contraditórios – em virtude da escolha de orientação do magistrado⁹¹.

A decisão judicial orientada pelo Garantismo Jurídico, nesse sentido, deve apresentar, em sua formação e para sua consonância com o sistema jurídico, discussão e argumentação acerca do tema posto ao exame jurisdição. Essa discussão jurídica não necessita de uma

operador. Ademais, na hipótese de adoção do Neoconstitucionalismo como orientação à interpretação das normas jurídicas, haverá um enfraquecimento da normatividade dos princípios constitucionais, “além de uma degradação dos direitos fundamentais neles estabelecidos em genéricas recomendações do tipo ético-político” (FERRAJOLI, 2012, p. 55). Isso porque acarreta a subversão da hierarquia das fontes, em que a tarefa de produção de normas, confiadas à atividade legislativa, passa a ser judicial. Já a Análise Econômica do direito (AED) defende que o sistema normativo-jurídico deve ser construído numa base estrutural de incentivos e considerar as consequências observadas no comportamento social, em resposta aos incentivos (RIBEIRO, 2011, p. 28). Assim, destaca-se, nessa teoria, o apoio de instrumentais econômicos, mormente no que se concerne à eficiência, para a produção e a aplicação do sistema jurídico. A AED também incentiva o ativismo judicial e, especialmente, a vinculação das decisões judiciais a critérios econômicos e elaboração de normas jurídicas com o objetivo de atingir a eficiência – critério da ciência externa – do sistema jurídico. Promove-se, então, a roupagem de eficiência ao sistema jurídico, o que implica na desnaturação do direito como postulador de direitos fundamentais – o sistema jurídico passa a ser, por conseguinte, o instrumento para o equilíbrio econômico de um conflito, independentemente de sua efetiva pacificação. Diante disso, é possível deduzir, portanto, que tais pensamentos jurídicos imputam razões e finalidades ao ordenamento jurídico, o que, então, pautará a sua produção e aplicação e, por conseguinte, as diferentes facetas teóricas entre o Neoconstitucionalismo, o Garantismo Jurídico e a Análise Econômica do direito acarretam a possibilidade de inserção diversos elementos exógenos que mesclam a origem, a estrutura, os métodos e a validade do conhecimento jurídico.

⁹¹ Reconhece-se que a divergência ou contrariedade pode existir, igualmente, entre decisões proferidas por magistrados que seguem a mesma teoria orientativa.

justificação absoluta, mas que possa ser racionalmente fundamentada na ordem jurídica prevalecente.

As decisões judiciais, logo, podem ser enquadradas no campo de uma razão justificadora (ATIENZA, 2003), cuja discussão está relacionada à noção de procedimento argumentativo⁹². Diante disso, pelo modelo garantista, é possível a existência, na decisão judicial, do ponto de vista externo, em que se vislumbram valores ético-políticos do julgador – em que pese defender a separação entre o direito e Moral, Política e outros códigos não jurídicos.

Por isso, Ferrajoli professa que as decisões judiciais podem ser justificadas ou fundamentadas com base em dois prismas: o ponto de vista interno, que representa a operacionalidade do direito, e o ponto de vista externo, referente ao espaço de discricionariedade que detém o julgador para posicionamentos ético-políticos.

Essa discricionariedade é inexorável perante a impossibilidade de o julgador ser hermeticamente neutro, eis que está inserido no mundo da vida, visto que:

[...] ao realizar as escolhas impostas por estes espaços de discricionariedade, o juiz em particular jamais será neutro, se não se entender por ‘neutralidade’ apenas sua honestidade intelectual e seu desinteresse pessoal em relação aos interesses concretos da causa, mas uma impossível ausência de valores ou uma apoliticidade das opções e uma ilusória objetividade dos juízos de valor (FERRAJOLI, 2002, p. 139).

E isso porque, em nenhum sistema, o magistrado é uma máquina e a concepção como tal é negar a sua humanidade e fazê-lo uma máquina cega, “presa da estupidez ou, pior, dos interesses e dos condicionamentos de poder mais ou menos ocultos e, em todo caso,

⁹² “[...] por justificação entendo o procedimento argumentativo que consiste em aduzir razões (ou aduzir boas razões ou aduzir razões persuasivas) em favor de um desses tipos de conclusões: que é verdadeiro, provável, verossímil e atende a um enunciado cognoscitivo; o que é justo, bom, correto e válido acerca de um enunciado prescritivo” (COMANDUCCI, 1999, p. 71).

favorecer sua irresponsabilidade política e moral” (FERRAJOLI, 2002, p. 140).

Ciente de que, “por mais que se esforce para ser objetivo”, o julgador “está sempre condicionado pelas circunstâncias ambientais nas quais atua, pelos seus sentimentos, suas inclinações, suas emoções, seus valores ético-políticos” (FERRAJOLI, 2002, p. 62)⁹³, sugere-se um procedimento racional de fundamentação judicial baseado em três inferências:

a) Inferência indutiva, como premissa menor, resultante da atividade probatória (fatos/provas),

b) Inferência dedutiva, como premissa maior, relativa à subsunção legal, e

c) Silogismo prático, que integra a parte dispositiva e com proposições normativas – cuja conclusão é também uma norma para o caso em concreto (FERRAJOLI, 2002).

Assim, a inferência indutiva refere-se a um contexto determinado posto ao exame do órgão jurisdicional, a dedutiva coaduna-se com a operacionalidade do direito, ou seja, com o ponto de vista interno da fundamentação da decisão judicial, e a terceira inferência, o silogismo prático, representa o âmbito de discricionariedade do magistrado ao momento da decisão.

Esse espaço de discricionariedade judicial é verificado quando, mesmo após a conjunção da inferência indutiva e da inferência dedutiva, inexistir um liame jurídico que culmine na conclusão judicial. Diante de tal inconclusividade, advém nessa discricionariedade, o que Ferrajoli (2002, p. 125) denomina de “equidade do juízo” ou “poder de conotação”, que serve “para preencher a distância entre abstração do pressuposto típico legal e a concretização do caso em julgamento” e que não pode ser invocada para ultrapassar a lei, senão apenas para aplicá-la. Nas palavras de Ferrajoli (2002, p. 131-132),

[...] a compreensão equitativa requer também conotações valorativas e por isso discricionárias. Mas esta específica discricionariedade judicial (a única forma de discricionariedade) é plenamente

⁹³ Segundo Ferrajoli (2002, p. 46) “a imagem proposta por Beccaria do juiz como ‘investigador imparcial do verdadeiro’ é, sob este aspecto, fundamentalmente ingênua”.

legítima e pertinente, a ser uma dimensão epistemológica constitutiva da jurisdição.

Tendo em vista tal da “equidade do juízo”, Ferrajoli (2002) alega, numa tentativa de conter o risco de que a discricionariedade transmute-se em arbitrariedade, que o poder judicial deve-se servir dos atributos sensibilidade, moralidade, e inteligência do juiz. Pela discricionariedade, então, realiza-se o respeito à pessoa humana em decisão judicial, referindo-se não apenas a um princípio racional e moral, mas também a um princípio jurídico constitucional. É pela discricionariedade que se manifesta a sensibilidade a inteligência e a moralidade do juiz.

Destaca-se, então, que a discricionariedade não reflete a subjetividade emocional e parcial do juiz. Tal âmbito decisório condiz, sim, como resultado da intenção racional do magistrado direcionado a abandonar, o máximo possível, “suas ideologias pessoais, de seus preconceitos e de suas inclinações para ‘compreender’ ou participar das ideologias, inclinações e condicionamentos do sujeito em julgamento” (FERRAJOLI, 2002, p. 132). Em tal trilhar, é ainda uma condição de imparcialidade do órgão jurisdicional a equidade e qualifica-se como iníquo tanto “o juiz obtuso, que não sabe captar as conotações específicas do caso julgado”, quando “o que faz pesar sua subjetividade no julgamento, sem conseguir e talvez sem sequer tentar desprender-se dela para compreender a do acusado” (FERRAJOLI, 2002, p. 132).

Contudo, o poder de conotação do julgador está vinculado diretamente à sua formação pessoal e o esforço do julgador para prescindir de suas ideologias pessoais, de preconceito, das inclinações íntimas, deixado ao alvedrio do magistrado, pode-se tornar uma arbitrariedade (nos termos trabalhados no tópico 4.2.1.1.3) albergada pelo manto da discricionariedade.

4.3.1.3 Fase de diferenciação, crise, instabilidade e evolução: inserção de elementos externos, novas probabilidades e legitimação

De acordo com a teoria luhmanniana acerca da especialização dos sistemas sociais, aqui também assentida, o sistema jurídico, ao se diferenciar do ambiente, fixa os seus limites, tanto no que se refere às suas operações internas (fechamento operacional), quanto no tangente à

comunicabilidade do interior com o exterior (abertura cognitiva). Assim, promove, igualmente, a limitação das possibilidades de elementos em seu interior.

A partir de sua complexidade interna, ainda, o sistema jurídico se autodiferencia por isso ser necessário para a transformação interna e a geração de subsistemas. É isso que permitirá ao sistema abandonar a rudimentariedade e tornar-se, por um processo de evolução, mais complexo.

Com relação ao sistema jurídico, especificadamente, o processo de evolução foi oriundo da sua autodiferenciação, consoante referido no Capítulo 2. Para que o processo de evolução possa resultar na sua crescente sofisticação, é condicionado aos tipos de interferências ou irritações que sofrerá em suas operações. Nesse sentido, é comum a menção de que tais interferências ou irritações provêm do ambiente, como se consistissem em um processo biológico de evolução.

No entanto, tais interferências, relacionadas à inserção de novos elementos comunicativos no sistema jurídico, são selecionadas pelos seus sujeitos atuantes, de acordo com a sua ação racional. Sendo assim, a atuação do magistrado ou do legislador, que represente a inserção de novos elementos no interior da estrutura sistêmica, pode implicar a transformação de suas estruturas e, ainda, representar a transmutação de sua identidade.

A partir das eventuais diferenciações existentes entre o sentido no interior do direito e o código do elemento inserido (econômico, político, religioso), o sistema jurídico sofrerá tal irritação e, assim, poderá ser estimulada a autopoiese ou, ainda, forçada a heteropoiese.

No dinamismo da autopoiese, o sistema evolui com a finalidade de sobreviver ao aumento da “complexidade criada com as contingências inesperadas do seu meio, impulsionando-o a uma reforma imprescindível em sua estrutura” (CADEMARTORI; BAGGENSTOSS, 2011, p. 328). Em tal conjuntura, o fechamento operacional sofre modificações, assim como o sentido da abertura cognitiva, de modo a acompanharem a evolução.

Contudo, no alargamento extremo da heteropoiese, são previsíveis a quebra do fechamento operacional e o desvirtuamento da abertura cognitiva, que, em termos objetivos luhmannianos, deixa de perceber somente o código jurídico e, conseqüentemente, passa a permitir a inclusão de elementos alienígenas no direito.

Ora, a construção subsistêmica é aberta ao meio ambiente de origem e com ele tem contato por intermédio da comunicação – sendo o canal de referência os sujeitos. Tais relações comunicacionais, permitidas pela abertura cognitiva, ocorrem em conformidade com a predisposição da estrutura sistêmica e, sobretudo, de acordo com a ação estratégica aderida pelo sujeito. Considerando, ainda, que a inserção de elementos não pertencentes a um dado subsistema pode causar uma interferência não suportada pela estrutura e, ainda, a sua desintegração e/ou perda de identidade, a função primordial da abertura cognitiva (formatada pela atuação dos sujeitos) é, sumariamente, controlar o fluxo dos elementos externos para o interior do sistema e evitar que ele perca sua identidade.

Para operacionalizar a função da abertura cognitiva no subsistema jurídico, é necessário identificar, inicialmente, quais são os seus elementos estruturais e, ainda, quais fatores exógenos podem permitir ou comprometer a sustentação da estrutura sistêmica.

Por conseguinte, a abertura do sistema jurídico a elementos exógenos deve se dar de modo a manter a integridade e a identidade da estrutura sistemática, evitando-se, portanto, a colocação, na estrutura jurídica, de elementos que se confrontem com o código direito, que persegue tendências setoriais, ideologias políticas, particularismos individuais, variações econômicas. Em outras palavras, da perspectiva sistêmica aqui defendida com base na atuação do sujeito, a quebra do fechamento operacional e o desvirtuamento da abertura cognitiva são resultados da atuação exercida pelo magistrado ou legislador sem a observância devida à identidade do direito e à manutenção de sua integridade autônoma.

Fatidicamente, chancela-se a esfumação das fronteiras entre o sistema jurídico e outras estruturas sistêmicas esferas de comunicação e, por conseguinte, as permanentes crises de identidade do direito.

Esse quadro é denominado corrupção sistêmica e

[...] tende à generalização em experiências jurídicas típicas da modernidade periférica, atingindo o próprio princípio da diferenciação funcional e resultando, em sentido inverso à especialização do sistema e, por conseguinte,

obstando a sua evolução (CADEMARTORI; BAGGENSTOSS, 2011, p. 338)⁹⁴.

Tem-se, então, que o impedimento à corrupção sistêmica deve ser procedido por aqueles que possuem a atribuição de formatar e conduzir o sistema jurídico: o magistrado e o legislador.

Nesse compasso, sabe-se, é inviável a determinação de uma moral única a ser vinculada ao Estado ou ao sistema jurídico. Contudo, o que se vislumbra, como proposta necessária, é a atuação estratégica de tais sujeitos, com a finalidade de se primar pela manutenção do Estado e do direito.

O Garantismo Jurídico sustenta que a fundamentação das discussões jurídicas, sejam de construção legislativa ou de aplicação judicial, devem ser feitas com as normas consolidadas pelo princípio da legalidade e defende a não interferência dos outros sistemas sociais no direito. Para tanto, devem ser identificados os elementos presentes no discurso jurídico que não integram o sistema jurídico do Estado Constitucional de direito e, por fim, expurgados da estrutura sistemática tais códigos sociais alienígenas.

De tal contingente, o que resta imprescindível é examinar, para o formato da abertura cognitiva, se o Garantismo Jurídico oferece uma orientação de estratégia que observe a manutenção do sistema jurídico.

Perquire-se, então, no atual contexto histórico pátrio, se é possível vincular a nuance política ou o critério econômico à base jurídica atual, considerando a variação da ideologia conforme a dimensão tempo-espço e em razão da corrente de pensamento abraçada e o fato de o manejo do mercado é realizado por aqueles que detêm mais propriedades privadas e propriedades produtivas.

De acordo com a facticidade histórica, conforme o proposto por Habermas, tem-se como evolução a Constituição – já referida por Luhmann e Ferrajoli –, a qual prima, basicamente, pela limitação do poder e a funcionalização dos direitos fundamentais. A história legitima o sistema – pela história, temos valores e prescrições. Essa perspectiva perfaz a identidade do direito, em que se verifica o caráter instrumental do Estado e do direito.

Nesse sentido, tanto a atuação do legislador quanto do magistrado, na condição de ocupantes de cargos do poder estatal, devem

⁹⁴ Cf. NEVES, 2012, p. 241-242.

ser limitadas pela própria Constituição. Sua atuação, assim, deve estar prescrita em lei e a discricionariedade, pois inexorável, deve ser mínima, ou seja, com consideráveis ressalvas ao ativismo judicial.

Estruturalmente, a racionalidade da atividade jurisdicional orienta-se à realização dos bens tutelados pelo ordenamento jurídico. De modo diverso é a racionalidade política, ocasião em que são adequadas as discussões ético-filosóficas (ponto de vista externo), que se dirige a eleger quais os bens relevantes de um dado grupo social. Essa decisão política deve considerar, além do bem a ser tutelado, também os impactos sociais, os destinatários da proteção e, principalmente, a vinculação do bem aos indivíduos que lhe conferem legitimidade.

Pelo prisma hermenêutico, “aquele que exerce o poder decisional encontra-se vinculado pela axiologia específica do setor, ou setores, responsáveis pela sua legitimidade”, visto que tais parcelas da sociedade “construíram suas próprias axiologias, de modo que aquele que assume o poder decisional estará [...] vinculado aos valores e aos interesses daqueles responsáveis pela sua ascensão ao poder” (TEIXEIRA, 2012).

É por isso que o ativismo judicial, ao vincular o julgado a um setor social específico, com fins políticos ou econômicos, torna a atuação do magistrado um exercício nocivo e desnaturalizado do seu dever ser⁹⁵. Assim, desvirtua-se, também, o papel de pacificar os conflitos postos ao exame jurisdicional.

Tal pacificação, que pode ser apontada por Ferrajoli (2011, p. 108) como um dos quatro critérios referentes aos direitos fundamentais, demanda a tutela dos direitos essenciais para os quais a garantia é condição necessária da paz: “o direito à vida e à integridade pessoal, os direitos civis e políticos, os direitos de liberdade, mas também os direitos sociais à sobrevivência”. A desproteção e ausência de satisfação de tais direitos fundamentais acarreta a degeneração na violência opressiva dos mais fortes ou na revolta dos mais fracos – e, na sociedade contemporânea, a concepção de mais forte ou mais fraco vincula-se à conotação de maior ou menor poder aquisitivo.

⁹⁵ A nocividade maior do ativismo judicial ocorre quando a decisão judicial tem um fim político e depende da negação à tutela de interesses legítimos de alguma parte da ação, fundamentando-se em argumentos que transcendem a racionalidade jurídica (TEIXEIRA, 2012).

Tais direitos fundamentais ingressam na “esfera do indisponível”, ou seja, em âmbito em que não se aplica o princípio da maioria, a discricionariedade da política, a autonomia mercadológica, ou confronto pacífico e democrático de opiniões e interesses divergentes e contrapostos, visto que tal panorama reflete a esfera do disponível e do decidível, caracterizada pelos direitos fundamentais. Assim, os direitos fundamentais atuam como limitadores da esfera do decidível, atuando como fator legitimatório – ou deslegitimatório – das decisões do Estado (FERRAJOLI, 2011, p. 108).

Diante disso, o Garantismo Jurídico teoriza a diferença de nível normativo e a divergência entre normas constitucionais sobre a produção e normas legislativas produzidas. Ainda, defende o reconhecimento de uma normatividade inexorável das Constituições – a qual deve ser interpretada tendo por base suas próprias normas, não de acordo com inferências de outros códigos não jurídicos, visto que já possuem, positivados, valores ético-políticos.

Rejeitando a relação entre direito e Moral, o pensamento garantista indica a existência do ponto de vista interno e do ponto de vista externo. Aquele é representativo do âmbito do intérprete do direito, o qual se restringe, na sua função exegética, às delimitações definidas pelo sistema jurídico. Desse modo, na função jurisdicional, o intérprete deve se ater ao sistema jurídico à aplicação do direito, e não a qualquer outro sistema social. Este, por sua vez, caracteriza-se como o âmbito de discussões de questões filosóficas e políticas incidentes na seara jurídica e a sustentação de que a incorporação ao sistema jurídico de novos elementos comunicativos deve ser promovida por meio da atividade legislativa. Tal é um caminho para se evitar o ativismo judicial por meio da observância das normas constitucionais afetas à disciplina da atividade dos sujeitos magistrado e legislador, bem como para se primar pela identidade do direito consonante o que é legitimado de acordo com os processos históricos da civilização ocidental atual.

5 CONCLUSÕES

O pensamento analítico propõe, a partir da decomposição do todo em partes menores a fim de examinar a complexidade do todo, a simplicidade, o reducionismo e o atomismo. Nesse compasso, uma determinada totalidade é isolada de seu ambiente para que possa ser mais bem controlada no processo de conhecimento. Assim é a atual percepção do direito, tanto no seio social, no qual resta aplicado, quanto nas academias e nas instituições estatais, onde é testado, produzido e aplicado.

Esse método produz alguns impasses, tais como a perda da possibilidade de exame das relações das partes com o todo e do todo com o ambiente, e o estabelecimento na consciência coletiva de que o reducionismo e o atomismo, enraizados no pensamento científico e tecnológico, promovem o alcance do que é verdadeiro, expurgando-se, assim, o que é complexo, contraditório e instável. Por isso, a cultura atual, como já referido, resta inserida em um mar de dados e informações, aparentemente esparsos e difusos, dos quais não é possível vislumbrar um panorama de projeção estratégica e sistêmica.

Diante de tais dificuldades e inadequações do método, consolida-se, desde o século passado, o novo paradigma de pensamento metodológico, o sistêmico, que incorporou uma inovação na forma de se perceber os fenômenos e de se pretender à resolução de problemáticas complexas.

Tal método consiste na busca de respostas à insuficiência do método analítico e, assim, apresenta um norte de tamanha importância e, igualmente, de potencial complementariedade. Nesse compasso, enfatiza mais o todo do que a parte isolada e atomizada, de modo a considerar, em um sistema integrado, (i) todos os elementos influenciadores em determinado fenômeno, (ii) a relação entre eles e (iii) a circularidade relacional com o todo. Além disso, durante o exame do fenômeno, permite-se a inclusão de aspectos que sejam ocasionais, como a relação do objeto estudado com o ambiente e com outros sistemas.

Desse modo, o modelo sistêmico apresenta algumas premissas interessantes no confronto com o método cartesiano. No método sistêmico, ao contrário da tradição ocidental e mecanicista de conhecer

os objetos que o compõem, são os relacionamentos que recebem a prioridade de exame, dado que são os que promovem a dinâmica dos fenômenos. Outra diferenciação – prevista por Luhmann ao esclarecer que não há centro de poder no sistema social – é a mutação de um sistema de hierarquias para a consolidação de permuta de informações em redes.

Nos sistemas sociais, a hierarquia e seu ranço de conduta maculam a compreensão e o comportamento na realidade a partir da degradação de importância na medida em que se descem os degraus da hierarquia – sentido que é prejudicial à complexidade do grupo social. Nessa direção, é importante que o entendimento da realidade seja adquirido por uma percepção de rede de relações entre pessoas e objetos e, especialmente, na consideração de que a hierarquia é produzida por uma crença de valores de variadas ordens (axiológicos, econômicos, políticos) que deve ser modificada. Na compreensão dessa interligação dos fenômenos, as descrições da realidade representam a formação de uma rede interconectada de concepções e de modelos.

Desde o início dos estudos para esta pesquisa sobre o método sistêmico, o qual já é aplicado em diversas áreas científicas – como a administração, gestão de pessoas, psicologia, sistemas de informação, medicina –, percebeu-se que o pensamento jurídico apresenta-se obsoleto nesse sentido, especialmente no que tange à formação, aplicação e demais mecanismos de dinamicidade do direito. O mundo jurídico, com destaque à sua praxe, ainda é pautado pelo reducionismo, pela simplificação, e, notoriamente, por uma hierarquia desarrazoada. Relativamente ao último ponto, sobreleva-se o temor reverencial que subsiste no imaginário coletivo acerca da função pública de magistrado e de legislador – aquele com um pouco mais de prestígio que este. É um temor que quase os erige à figura de salvadores plenos da injustiça e únicos sujeitos capazes de resolver determinado conflito. É o senso comum que usurpa o poder criativo da política, pertencente aos sujeitos destinatários do direito, e o confere, inadvertidamente, aos sujeitos operadores mencionados, como se fossem fim em si mesmos.

Numa perspectiva de inovação de tal estrutura de poder, Luhmann traz a proposta de se abordar a sociedade e o direito de um modo interligado e a partir do pensamento sistêmico. O que torna tal abordagem cativante é o fato de contemplar características dos fenômenos sociais que não eram consideradas pelo método cartesiano e

que, principalmente, consubstanciam-se em peculiaridades da natureza humana que não eram consideradas: a complexidade, a contradição e a intersubjetividade. Estende-se, aí, a possibilidade de se observar a vida em rede e em relações circulares de cooperação.

A Teoria dos Sistemas apresenta a estruturação da sociedade como um conjunto de comunicações interligado e complexo, formador de diversos subsistemas importantes, como o sistema jurídico como uma especialização do sistema social. Luhmann, nessa teoria, primou pela objetividade, em razão do pluralismo ético vigente na sociedade complexa (considerando a fragmentação da moral nos mais diversos subsistemas).

Contudo, em que pese os fatos referidos neste trabalho, percebidos em sistemas determinados, serem produtos de objetivos articulados nos modelos mentais dos sujeitos, de modo individual e/ou coletivo, a figura do sujeito é ausente no pensamento luhmanniano.

A par disso, então, chega-se na verificação fulcral deste trabalho. Ao primar pela objetividade e, por conseguinte, pela verificação das parcas relações circulares, Luhmann desconsiderou um fator essencial ao dinamismo dos sistemas sociais: o sujeito e seu modelo mental – previsto como sistema psíquico pelo autor referido. Em que pese considerar o sujeito como o formador do sistema social a partir das comunicações, Luhmann não descreveu a importante circularidade comunicativa resultante da intersubjetividade entre os sujeitos – a que pode ser observada, especificamente, no processo legislativo e no processo judicial. O pensamento sistêmico luhmanniano, portanto, não apresenta a completude inerente ao método por não pretender o enfrentamento da figura do sujeito e preferir o resquício analítico da objetividade cartesiana.

No entanto, a isenção de significação ao movimento dos sistemas não conduz à própria objetividade do sistema, mas à sua indiferença com relação à eticidade necessária à condução da coisa pública.

Isso porque a norma jurídica, em si, somente representa o código direito. Mas como interpretá-la ou inseri-la, não possuindo o sistema jurídico, em si, uma prescrição (o que o caracterizaria como instituto de estado ético)? Se a norma é deficiente cognitivamente, como reconhecer o exterior? Essa deficiência cognitiva é suprida pela atuação do sujeito operador do sistema jurídico – ora, não é porque Luhmann

não considerou o sujeito que ele não seja importante e, no mesmo sentido, não é porque não pretende uma teoria legitimatória externa que ela não possa existir ou que seja desnecessária.

Diante disso, pauta-se que a descrição luhmanniana de sociedade é objetiva – trata somente de elementos comunicativos e não considera o sujeito. Nesse sentido, falaciosamente se tem a percepção de que os sistemas se comunicam e evoluem de modo autômato, sem nenhuma interferência, como uma condição natural da estrutura sistêmica.

Contudo, tanto em virtude de uma descrição que corresponda à realidade das operações sistêmicas, quanto em razão da propulsão do dinamismo dos sistemas, é indispensável a indagação acerca da figura do sujeito.

Com o sujeito inserido, as dinâmicas sistêmicas recebem nova roupagem: as operações afetas à abertura cognitiva e ao fechamento operacional são moduladas pelo sujeito – abandona-se, portanto, a concepção independente dos funcionalismos do sistema para se adotar uma perspectiva de vinculação com o sentido que aquele que o opera lhe confere. É o que acontece com a dinâmica entre o sistema jurídico e os sujeitos que lhe são operadores: julgador e legislador.

A atuação desses sujeitos, ocupantes de cargos de caráter instrumental, no dinamismo do sistema jurídico, deve ter em conta a manutenção da estrutura sistêmica (a) a qual, faticamente, é resultado de processos históricos e da evolução de pensamento político-jurídico; e (b) que, concomitantemente, representa o produto da comunicação de diversos juízos axiológicos do grupo social correspondente.

Ora, diante da impossível imparcialidade da pessoa humana, conforme destacado ao longo do trabalho, e da possibilidade de prática de arbitrariedades em tais cargos, vertem brechas em que podem surgir pragmatismos pessoalizados. Caso as decisões dos magistrados e dos legisladores não se revestirem da necessária instrumentalidade que os legitima no poder e se, por consequência, sua atuação não for racional, as suas escolhas públicas conterão alvedrio pessoal e tornar-se-ão uma arbitrariedade albergada pelo manto da discricionariedade. Contra isso, tais sujeitos devem se esforçar para que se livrem de seus condicionamentos pessoais e que possam honrar a serventia legitimatória desse poder: ser instrumento de pacificação social e emancipação a serviço da sociedade.

A par disso, esse sujeito, como formado pela intersubjetividade e como criador de novos fenômenos a partir dessa intersubjetividade, deve primar sua atuação pela interação comunicativa (presente na argumentação atinente ao processo legislativo e ao processo judicial), com vistas à delimitação da necessidade de se manter a coerência do sistema jurídico, conforme ensinado por Habermas. O *modus operandi* dessa limitação e desse objetivo, portanto, pode ser conferida por uma dimensão prescritiva, a qual se coaduna com as diretrizes sustentadas pelo Garantismo Jurídico.

A Teoria Garantista, consolidada nas últimas décadas, origina-se do entendimento do fenômeno constitucional contemporâneo e prescreve, além da estrutura de tratamento dos direitos fundamentais, a necessária limitação do poder, com a intervenção mínima do Estado e com o esclarecimento da atuação discricionária do magistrado: valorar a validade ou invalidade das normas jurídicas, com parâmetros tanto formais quanto substanciais, ditados pelas normas jurídicas que sejam superiores a ela e proferir qualquer poder de denotação, conotação e de disposição interpretativa quando a lei derrogar o próprio princípio da legalidade.

Por tal leitura, o discurso histórico e seus valores éticos incidentes são sustentados, como a base legitimatória atual do Estado e do direito, pois os têm como instrumentos para a garantia de condições de vida, manutenção da ordem dos direitos fundamentais e necessária delimitação do poder do Estado. E isso se justifica pelo fato de o sistema jurídico ser resultado das plurais dialéticas ocorridas nos processos sociais ao longo dos anos e por não se admitir que seja legitimado o que já considerou negativo. Assim, sugere-se que sua legitimação externa não paute em teorias metafísicas ou metafóricas – assim como Habermas superou o conceito metafísico de razão –, mas sim se fundamente pela sua razão histórica.

É possível, portanto, correlacionar as diretrizes garantistas, referentes, em um plano sistêmico, ao respeito à legalidade (como forma de delimitação do poder da autoridade) e à prescrição de funcionalização de todos os poderes estatais a serviço da garantia dos direitos fundamentais, à identidade atual do sistema jurídico, inclusive o pátrio. Percebe-se, dessa forma, que as diretrizes orientativas lançadas pelo Garantismo Jurídico para a atuação dos sujeitos operadores do

Direito não compromete o código de funcionamento do sistema jurídico. Ao contrário, fortalece-o ao indicar uma atuação em consonância com os valores éticos positivados e as normatizações procedimentais desse subsistema social – resultado das interações comunicativas havidas em um momento anterior, as quais modularam o Direito para um determinado estado de configuração sistêmica.

Nesse trilhar, confirma-se a hipótese positiva lançada nesta pesquisa, caracterizando a ratificação da tese, em que se tem a Teoria Garantista como uma proposta adequada de dimensão prescritiva ao sistema jurídico a partir do prisma sistêmico, considerando: (a) a possibilidade e, até, a indispensabilidade da inclusão da figura do sujeito na teorização sistêmica do direito, tendo em vista que os sistemas não são autômatos e é o sujeito quem os propulsiona; e (b) a possibilidade de se delinear uma proposta de atuação do sujeito operador do direito a partir da ação racional, haja vista a intersubjetividade inerente à interação comunicativa e à ação estratégica dos sujeitos operadores do direito.

Assim, portanto, aperfeiçoando-se a Teoria dos Sistemas com a inserção da figura do sujeito, deduz-se um panorama descritivo condizente com os dinamismos dos sistemas sociais traçados por Luhmann. Propõe-se, por consequência, que o paradigma sistema-ambiente é fundado pela intersubjetividade e por suas significações decorrentes. Ainda, compreendem-se as razões pelas quais se faz indispensável a existência de um mote prescritivo à atuação dos sujeitos operadores do direito. E, por fim, vislumbra-se um delineamento prescritivo à manutenção e à incolumidade do sistema jurídico, juntamente com a probabilidade de que seus objetivos materiais sejam efetivados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, André Azevedo; MOREIRA, José Manuel Moreira. **O que é escolha pública**: para uma análise econômica da política. Cascais: Principia, 2004.

AMADO, Juan Antonio Garcia. A sociedade e o direito na obra de Niklas Luhmann. In: ARNALD, André-Jean; LOPES JUNIOR, Dalmir. **Niklas Luhmann**: do sistema social à sociedade jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ANDRADE, Aurélio L. **Curso de pensamento sistêmico**: caderno de campo. São Paulo: Digital Publish & Print, 2012.

ARAGÃO, Lucia. **Habermas**: filósofo e sociólogo do nosso tempo. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

ARNAUD, André-Jean; DULCE, Maria José Farinas. **Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003.

BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra. A democracia brasileira colonizada e a asfixia dos atos populares. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**. No prelo, 2014.

_____. **A democracia deliberativa de Jürgen Habermas como espaço público favorável ao desenvolvimento do sujeito a partir de sua condição humana** [Dissertação]. Florianópolis, 2011, Disponível

em <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/96265>>. Acesso em 6 jun. 2014.

BALDI, César Augusto. Novo constitucionalismo latino-americano. **Estado de Direito**, n. 32, Porto Alegre, nov. 2011.

BECHMANN, Gotthard; STEHR, Nico. Niklas Luhmann. **Tempo Social**, Revista de Sociologia, USP, São Paulo, nov. 2001.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

_____. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo, 2006.

_____. **Teoria da norma jurídica**. Bauru, SP: Edipro, 2008.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 11. ed. v. I. Brasília: UnB, 1998.

CADEMARTORI, Luis Henrique Urquhart; BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra. A coerência do sistema jurídico em Luhmann: uma proposta ao fechamento operacional e à abertura cognitiva da decisão judicial. Florianópolis, **Sequência**, n. 62, jul. 2011.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e argumentação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. O estado constitucional de direito na versão neoconstitucionalista e os aspectos críticos da relação direito e moral segundo a teoria dos sistemas. **Revista NEJ - Eletrônica**. v. 17, n. 2, p. 206-220, maio-ago. 2012.

CADEMARTORI, Sérgio Urquhart; STRAPAZZON, Carlos Luiz. Principia iuris: uma teoria normativa do direito e da democracia. **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 15, n. 1, jan./jun. 2010. Cf.

CADEMARTORI, Sérgio Urquhart. **Estado de direito e legitimidade:** uma abordagem garantista. 2. ed. Campinas: Millenium, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?** Porto Alegre: SAFE, 1999.

CAPRA, Frijot. **A teia da vida.** 13 ed. São Paulo: Cultrix, 1996.

_____. **O ponto de mutação:** a ciência, a sociedade e a cultura emergente. São Paulo: Cultrix, 2012.

CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo en su laberinto. In CARBONELL, Miguel. **Teoria del neoconstitucionalismo.** Madrid: Trotta, 2007.

COLOM, Antonio. **A (des)construção do conhecimento pedagógico:** novas perspectivas para a educação. Porto Alegre: Artmed, 2004.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico, in CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s).** 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.

_____. **Razonamiento jurídico:** elementos para un modelo. Mexico: Fontamara, 1999.

CORRÊA, Ana Maria M. **A revolução mexicana:** 1910-1917. São Paulo: Brasiliense, 1983.

COSTA, Pietro. **Soberania, representação, democracia:** ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010.

DERRIDA, Jacques. **Força de lei:** o fundamento místico da autoridade. Trad. Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **A escritura e a diferença.** 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 2002.

DESCARTES, Renè. **O discurso do método.** São Paulo: Martins

Fontes, 1996.

DIAS, Jean Carlos. **Análise econômica do processo civil brasileiro**. São Paulo: Método, 2009.

DIAS, Marco Antonio. James Buchanan e a "política" na escolha pública. **Revista Ponto e Vírgula**, PUC-SP, São Paulo, n. 6, p. 201-217, 2009.

DOMINGUES, Ivan. **Epistemologia das ciências humanas: positivismo e hermenêutica** (tomo 1). São Paulo: Loyola, 2004.

DUSSEL, Enrique. **20 teses de política**. São Paulo: Expressão Popular, 2007.

DWORKIN, Ronald. Natural Law Revisited. **University of Florida Law Review**, v. 34, 1982.

_____. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FEBBRAJO, Alberto. Introduzione all'edizione italiana. In LUHMANN, Niklas. **Sistemi social: fundamenti di una teoria generale**. Bologna: Il Mulino, 1990.

FERRAJOLI, Luigi et al. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo Garantista e Neoconstitucionalismo. **Anais do IX Simpósio Nacional de direito Constitucional**. Academia Brasileira de direito Constitucional. Disponível em <<http://www.abdconst.com.br/revista3/luigiferrajoli.pdf>> Acesso em 4 maio 2014.

_____. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **Derechos y garantías:** la ley del más débil. Madrid: Trotta, 1999.

_____. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Garantismo:** debate sobre el derecho y la democracia. Madrid: Trotta, 2006.

_____. O direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JR., José Alcebíades de (Org.): **O novo em direito e política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. Pasado y futuro del estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel, **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

_____. **Principia iuris:** una discusión teórica. **Doxa:** Cuadernos de Filosofía del Derecho , n. 31, 2008.

_____. UFSC - Brasil - Richiesta accademica [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por grazyab@gmail.com em 4 set 2013.

FLORES, Joaquin Herrera. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Florianópolis : Fundação Boiteux, 2009.

FRIEDRICH, Carl J. **Tradição e autoridade em ciência política**. São Paulo: Zahar, 1974.

GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado:** uma análise das estruturas simbólicas do direito político. Barueri: Manole, 2003.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Petrópolis: Vozes, 1997.

GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. O direito e a ciência econômica: a possibilidade interdisciplinar na contemporânea

teoria geral do direito. **Paper:** Berkeley Program in Law & Economics Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers (University of California, Berkeley), 2007. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/recife/direito_intern_everton_goncalves_e_joana_stelzer.pdf. Acesso em: 17 set. 2012.

GUASTINI, Riccardo. La “constitucionalización” del ordenamento jurídico. In: CARBONEL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **A ética da discussão e a questão da verdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **A inclusão do outro:** estudos de teoria política. São Paulo: Edições Loyola, 2002a.

_____. **Conhecimento e interesse**. Rio de Janeiro, Zahar, 1987.

_____. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.

_____. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. v. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **El discurso filosófico de la modernidad**. Madrid: Taurus, 1985.

_____. **Pensamento pós-metafísico:** estudos filosóficos. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002b.

_____. **Tecnologia e ciência como “ideologia”**. Lisboa: Edições 70, 2009.

_____. **Teoría de la acción comunicativa:** complementos y estudios previos. v. I. Madrid: Cátedra, 1982.

_____. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. São Paulo: Loyola, 2004.

HART, Herbert. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1961.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Fenomenologia do espírito**: parte I. 2. ed. São Paulo: Vozes, 1992, p. 35.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Petrópolis: Vozes, 2000.

HUSSERL, Edmund. **La crise des sciences européennes et la phénoménologie transcendentale**. Paris: Editrice CLUEB, 1986.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo, Martins Fontes, 2009.

KMIEC, Keenan D. The origin and current meaning of judicial activism. **California Law Review**, v. 92, n. 5, 2004.

KUNZLER, Caroline de Moraes. A teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. **Estudo de Sociologia**, Araraquara, n. 16, 2004.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. São Paulo: Atlas, 1991.

LIMA, Roberto Kant de. Éticas e identidades profissionais em uma perspectiva comparada. In: VÍCTORA, Ceres; OLIVEN, Ruben George; MACIEL, Maria Eunice Maciel; ORO, Ari Pedro (organizadores). **Antropologia e ética**: o debate atual no Brasil. Niterói: EdUFF, 2004.

LUHMANN, Niklas, **Complejidad y modernidad**. Madrid: Trotta, 1993.

_____. A Constituição como aquisição evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo. PORTINARO, Pier Paolo. LUTHER, Jorg. **Il futuro della costituzione**. Torino: Einaudi, 1996. Disponível em

<<http://pt.scribd.com/doc/31253250/LUHMANN-Niklas-A-constituicao-como-aquisicao-evolutiva>>. Acesso em 2 fev. 2014.

_____. A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito. In: ARNALD, André-Jean; LOPES JR, Dalmir. **Do sistema social à sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

_____. El derecho como sistema social. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **Teoría de sistemas y Derecho penal**: fundamentos y posibilidades de aplicación. Granada: Editorial Comares, 2005.

_____. **El derecho de la sociedade (versão 5.0, 2003)**. Disponível em <<http://migre.me/jEyfw>>. Acesso em 3 abr. 2014.

_____. **Introdução à teoria dos sistemas**. Petrópolis: Vozes, 2009.

_____. **La ciencia de la sociedad**. Guadalajara: ITESO e Universidad Iberoamericana; Barcelona: Anthropos, 1996.

_____. **La sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2006.

_____. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília. UNB, 1980.

_____. **Realidade dos meios de comunicação**. São Paulo: Paulus, 2005.

_____. **Sistemas sociales**: lineamientos para una teoría general. México: Universidad Iberoamericana, 1998.

_____. **Sociedade y sistema**: la ambición de la teoría. Barcelona: Paidós, 1997.

_____. **Sociologia do direito**. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. **Teoría política en el estado de bienestar**. Madrid: Alianza Universidad, 2002.

LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. **Teoria della società**. 6. ed. Milano: Franco Angeli, 1994.

MADEIRA, Lúcia Mori. O direito nas teorias sociológicas de Pierre Bourdieu e Niklas Luhmann. **Direito & Justiça**, Porto Alegre, n. 1, v. 33, junho 2007.

MARCONDES, Danilo. **Iniciação à história da filosofia**: dos pré-socráticos a Wittgenstein. 13. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2010.

MASSINI, Carlos. La teoria del derecho natural en el tiempo pós-moderno. **Cuadernos DOXA**, Madrid, n. 21, v. II, 1998.

MATHIS, Armin. **A sociedade na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. Disponível em:
<http://www.infoamerica.org/documentos_pdf/luhmann_05.pdf>.
Acesso em 4 abr. 2014.

MATURANA, Humberto. **Biología del fenómeno social: desde la biología a la psicología**. 3. ed. Santiago de Chile: Editorial Universitária, 1996, p. 82.

MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. **Economics and the law**: from Posner to post-modernism. Princeton: Princeton University, Press, 1997.

MIRANDA, Daniela; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Direito, silêncio e corrupção: um diálogo com Luhmann e Habermas. **Revista da Faculdade de direito**. Caxias do Sul. v 15, p. 59-81, 2005.

MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MONTEIRO, J. V. **Economia & política**: instituições de estabilização econômica no Brasil. Rio de Janeiro: FGV, 1997.

NAGLER, Michael. **The search for a nonviolent future**. California: Berkeley Hills Books, 2001; MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **Árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana**. São Paulo: Palas Athena, 2010.

NEVES, Clarissa Baeta; SAMIOS, Eva Machado B. **Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas**. Porto Alegre: Goethe Institut, 1997.

NEVES, Marcelo. Luhmann, Habermas e o estado de direito. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, n. 37, São Paulo, 1996.

_____. **A constitucionalização simbólica**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. Da autopoiese à alopoiese do direito. **Anuário do Mestrado em direito**. Recife, n. 5, 1992.

_____. Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente. **Dados: Revista de Ciências Sociais**. Rio de Janeiro: IUPERJ, v. 37, n. 2, 1994.

_____. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

_____. From the autopoiesis to the allopoiesis of law. **Journal of Law and Society**. v. 28, n. 2, 2001.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Além do bem e do mal**. São Paulo: Rideel, 2005.

NINO, Carlos S. **Derecho, moral y política**. Barcelona: Ariel, 1994.

OLIVA, Alberto. **Ciência e sociedade: do consenso à revolução**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999.

PINZANI, Alessandro; DUTRA, Delamar Volpato (Org). O conceito de

poder em Habermas: uma comparação com Arendt e Luhmann. In: Habermas em discussão, 2008. Florianópolis. **Anais do Colóquio Habermas**. Florianópolis: UFSC, 2005.

POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. México: Fundo de Cultura Econômica, 2000.

_____. **Cómo deciden los jueces**. Madri; Barcelona; Buenos Aires: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2011.

PRIETO SANCHÍS, Luis. **Sobre principios y normas**: problemas del razonamiento jurídico. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

QUINET, Antonio. **A descoberta do inconsciente**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Portugal, Coimbra: Arménio Amado, 1974.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 13. ed. São Paulo : Saraiva, 1990.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

ROCHA, Leonel Severo. Direito, complexidade e risco. **Revista Sequência**, Florianópolis, ano 15, n. 28, jul. 1994.

_____. O direito na forma de sociedade globalizada. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Anuário do Programa de Pós-Graduação em direito**: Mestrado e Doutorado. São Leopoldo: Unisinos, 2001.

_____. Tempo e constituição. **Revista direitos Culturais**. v. 1, n.1, dez. 2006.

ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A**

verdade sobre a autopoiese no direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ROGERS, Carl. **Um jeito de ser.** São Paulo: EPU, 1983.

SALAMA, Bruno Meyerhof (Org.). **Direito e economia:** textos escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. O que é pesquisa em direito e economia? **Cadernos FGV – Escola de direito de São Paulo**, São Paulo, v. 5, n. 2, mar. 2008.

SANCHÍS, Luis Pietro. Neconstitucionalismo y ponderación judicial. in CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.

SARTRE, Jean-Paul. **Esboço para uma teoria das emoções.** Porto Alegre: L&PM, 2008.

_____. **O ser e o nada:** ensaio de ontologia fenomenológica. Rio de Janeiro: Vozes: 1997.

SERRANO, José Luis. **Validez y vigencia:** la aportación garantista a la teoría de la norma jurídica. Madrid: Trotta, 1999.

SIEBENEICHLER, Flavio Beno. **Jürgen Habermas:** razão comunicativa e emancipação. 4. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

SILVA, Juremir Machado. **O pensamento do fim do século:** entrevistas. São Paulo: L&PM, 1993.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Como os juízes decidem? Proximidades e divergências entre as teorias da decisão de Jürgen Habermas e Niklas Luhmann. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 59, p. 61-88, dez. 2009.

SOUZA FILHO, Danilo Marcondes. **Iniciação à história da filosofia.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Ativismo judicial**: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. Rev. direito GV, vol.8, no.1, São Paulo Jan./June 2012. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322012000100002>>. Acesso em 7 jun. 2014.

TRINDADE, André Karam. Garantismo *versus* neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em *terrae brasilis*. In: FERRAJOLI, Luigi et al. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **Para entender Luhmann**: e o direito como sistema autopoietico. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TROSTER, Roberto Luis. **Introdução à economia**. São Paulo: Makron Books, 2002.

VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. **Pensamento sistêmico**: o novo paradigma da ciência. 8. ed. Campinas: Papyrus, 2009.